الأستاذ المتمرس في الشريعة والقانون

مجموعة الأبحاث القانونية

الدكتور
مصطفى إبراهيم الزلمي
الأستاذ المتمرس في الشريعة والقانون

الطبعة الأولى ٢٠١٤

مجموعة
الأبحاث القانونية

١. المبادئ العامة لعدالة القضاء في الإسلام
٢. منهاج الاسلام في مكافحة الاجرام
٣. تفنيد مزاعم تأثر الفقه الإسلامي وقواعده بالفقه الغربي
٤. القانون الأصلح للمتهم في ضوء المنى الفلسفي
٥. أثر أحكام الشريعة الاسلامية في التشريعات العربية الحديثة
٦. التعليق على التعديل رقم (٢١) لسنة ١٩٧٨ لقانون الاحوال الشخصية
٧. مقترحات لتعديل قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩
٨. أخطاء أصولية لأبن السبكي في كتابه جمع الجوامع
٩. الدولة والمفاضلة بين النظامين (الملكي والجمهوري)
١٠. الدفاع الشرعي الخاص في الشريعة والقانون
١١. الخنثى المشكل والإحتياط في توزيع التركة

طبعة اولى

تأليف

الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي
الاستاذ المتمرس في الشريعة والقانون

مجموعة الأبحاث القانونية

تأليف : البروفيسور مصطفى ابراهيم الزلمي
الناشر: نشر احسان للنشر و التوزيع
الطبعة الأولى ٢٠١٤ - ١٤٣٥
مدير المشروع: ريدار رؤوف احمد
تصميم : جمعة صديق كاكه
المشرف على الطبع: ياسر يعقوبي

رقم الإيداع : ٢٥٨- ٢٠١٠
رقم الدولي (ISBN) للمجموعة:
978-600-349-006-2
رقم الدولي (ISBN) للكتاب:
978-600-349-012-3

﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ
إِلَىٰٓ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ
أَن تَحْكُمُوا۟ بِٱلْعَدْلِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم
بِهِۦٓ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعًۢا بَصِيرًا ﴿٥٨﴾﴾

سورة النساء

الفهرس

المبادئ العامة
لعدالة القضاء
في الإسلام

المقدمة

العدالة عبارة عن اعطاء كل ذي حق حقه فهي ثابتة في كل زمان ومكان وفي جميع الظروف خلافا لمن زعم ان العدالة أمر نسبي.

كما ان المساواة عبارة عن التوازن بين الحقوق والالتزامات بالنسبة لكل شخص طبيعي أو معنوي.

والعدالة أمر بها القرآن الكريم في جميع مجالات الحياة وفي العلاقات البشرية في آيات كثيرة منها قوله تعالى ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾[1]، ومنها ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَى أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ﴾[2]، ومنها ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾[3].

ومن تتبع أقضية الرسول (ﷺ) والخلفاء الراشدين وفقهاء الصحابة تبين له بوضوح ان ديدنهم كان هو تحقيق العدالة ايمانا منهم بان النصوص ان هي الا وسائل لتحقيق هذه الغاية.

وقد تولى مهمة القضاء بعد الرسول (ﷺ) نخبة من فقهاء الصحابة والتابعين الذين كانوا على المام تام بلغة القرآن ولهم المعرفة باسباب النزول واسرار التشريع اضافة الى صفاء الذهن وسرعة الفهم وسلامة الفطرة وذكاء القريحة والملكة الفقهية، فكانوا أمناء على شرع الله وخلفاء في قيادة الأمة فصاروا على نهج الرسول وسلكوا السبيل الذي سلكه في تعليل أحكام الله بغايات ومصالح مقصودة من تشريعها وتطبيقها وتنفيذها فتوسعوا في هذا المضمار من غير مخالفة ولا عصيان اذعانا منهم بان شريعة الله ليست جامدة على

---

[1] سورة النساء- الآية: ٥٨.

[2] سورة المائدة- الآية: ٨.

[3] سورة النحل- الآية: ٩٠.

النصوص حتى توقع الناس في حرج لان الحرج مرفوض في دستور الله كما قال سبحانه (وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ)[١].

ومن أجل ذلك طبقوا النصوص تطبيقاً محققاً للعدالة وكانوا يعمدون الى حكم منصوص فيستنبطون له العلة ليوسعوا دائرة تطبيقه ويوقفون العمل بأحكام يخال انهم خالفوا به حكم الله ولكنهم بثاقب نظرهم علموا ان هذا الحكم معلل بعلة فزالت فيجب ايقاف العمل به وبذلك استحدثوا لنا مبدأ عاما وهو: (ان الحكم يدور مع علته وجودا وعدماً).

وأحياناً لم يطبقوا النص في مجالات تؤدي المصلحة المتوخاة من تطبيقه إلى تفويت مصلحة أهم، ومن هذا ابتكروا لنا مبدأ: (اذا تعارضت مصلحتان يؤخذ بأهمهما).

وكثيراً ما خصصوا النصوص العامة وقيدوا النصوص المطلقة بالمصالح العامة لانهم وعوا ان الشريعة الاسلامية أتت لتحقيق مصلحة الأسرة البشرية كما قال سبحانه وتعالى ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ﴾[٢] والرحمة هي المصلحة دينية كانت أو دنيوية مادية أو معنوية ايجابية (منفعة مستجلبة) أو سلبية (مضرة مستدرأة) وغير ذلك من تطبيقاتهم القضائية التي عبدت الطريق امام القضاة في الأجيال والازمنة المستقبلية وتركوا مبادئ عامة يهتدي بها القضاة في كل زمان ومكان لتحقيق العدالة واعطاء كل ذي حق حقه المشروع ومن تلك المبادئ ما يأتي:

أولاً: مبدأ عدم تقيد القاضي بحرفية النص:

لم يلزم قضاة الصحابة والتابعين أنفسهم بالتمسك بحرفية النص والوقوف عند المعنى الحرفي إذا كان قابلاً للاجتهاد. ومن الواضح ان القاضي يجتهد في حالتين:

إحداهما: حالة غياب النص فاذا لم يجد القاضي نصاً خاصا بحكم القضية المعنية به فعليه الاجتهاد للوصول إلى حكم عادل لها مستعينا بالمصادر التبعية الكاشفة.

والثانية: حالة وجود نص لا تكون دلالته على الحكم قطعية: وبناء على هذا الأساس يحمل ما ورد في المادة الثانية من القانون المدني العراقي القائم: (لا مساغ للاجتهاد في مورد النص) على النص الذي تكون دلالته على الحكم قطعية بحيث لا يحتمل حكماً آخر

---

[١] سورة الحج- الآية: ٧٨.

[٢] سورة الأنبياء- الآية: ١٠٧.

أما إذا كان ظني الدلالة فعلى القاضي ان يجتهد فيه لتحديد حكم يكـون أكثـر ملاءمـة، وأقرب عدالة، وأوفر مصلحة، بالنسبة للموضوع المعني بالحكم.

ومن التطبيقات القضائية لهذا المبدأ قضاء عمر بن الخطاب (ﷺ) وعلي بن أبي طالـب (ﷺ) بتطبيق القصاص (عقوبة الاعدام) على أكثر من واحد إذا اشـتركوا في قتـل شـخص واحد دون التقيد بحرفية قوله تعالى ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾[1] لان ظـاهر هذا النص يقتضي المساواة في المعادلة بين حجم الجريمة وحجم العقوبة بحيث إذا كـان المقتـول واحدا فيقتص من قاتل واحد كما ان لفظ (القصاص) ظاهر في هذه المعادلة.

ونقطة البداية في اقرار المساهمة الجنائية هي واقعة جرميـة وقعت في اليمن في عهد خلافة عمر بن الخطاب (ﷺ) خلاصتها:

ان امرأة اشتركت مع رجل كان بينهما علاقة غير مشروعة في قتل ابن زوجها من الزوجة السابقة خشية تسرب هذه العلاقة عن طريقه إلى زوجها ثم انكشفت الجريمة بعـد تنفيـذها ورفعت القضية إلى الوالي في صنعاء اليمن (يعلى بـن أميـة) بصـفته قاضـياً اضـافة إلى سلطته التنفيذية غير انه وقف أمام ظاهر قوله تعالى (ان الـنفس بـالنفس) مـتردداً كيـف يقضي بالاقتصاص من قاتلين والمقتول واحد ففاتح مركز الخلافـة بالموضـوع فتشـاور عمـر وعلي في الامر ثم وصل اجتهادهما إلى ان التقيد بظاهر هذا النص والتمسك بحرفيته سـوف يعرض حياة الأبرياء للخطر لان كل من أراد قتل شخص يأتي بآخر يشاركه في تنفيذ الجريمة حتى لا يؤخذ منه القصاص ورعاية للعدالة وحماية لارواح الابرياء، أقرا معاً وجوب تطبيـق حكم القصاص على أكثر من واحد اذا اشتركوا في الاعتداء على حياة وسلامة شخص واحـد فأجاب الخليفة عمر واليه قائلاً مقولته المشهورة: (لو تمالأ أهل صنعاء كلهم على قتل واحد لقتلتهم) وفي رواية (اقتلهم).

ثانياً: مبدأ صلاحية القاضي تخصيص عموم النص وتقييد مطلقه بالمصلحة كلما دعت العدالة إلى ذلك:

لقد أدرك قضاة الصحابة ومن أتى بعدهم ان جميع الشـرائع الالهيـة الـتي نزلـت علـى الأنبياء والرسل غايتها مصلحة الانسان لان الخالق الذي خلق كونـاً لا تـزال عقـول علمـاء

---

[1] سورة المائدة- الآية: ٤٥.

الفضاء حيارى أين يبدأ وأين ينتهي، غني مطلق عن المصالح التي تحققها هذه الشرائع وتطبيقاتها.

ومن هذا المنطلق تكون الغاية المتوخاة من النصوص هي العدالة ومصلحة الانسان من جلب نفع ودرء ضرر وعلى أساس هذا المبدأ فان للقاضي تخصيص النص العام وتقييد النص المطلق كلما دعت العدالة إلى ذلك.

ومن التطبيقات القضائية لهذا المبدأ قيام سيدنا على بن أبي طالب (ﷺ) بتخصيص عموم قول الرسول (ﷺ): (لا ضمان على مؤتمن) أي لا ضمان على من تكون يده يد أمانة على مال الغير ما لم يكن متعدياً أو مقصراً فلفظا (ضمان ومؤتمن) نكرتان واقعان في حيز النفي يفيدان العموم وفقاً للقواعد الأصولية ورغم ذلك فان علي بن أبي طالب (ﷺ) خصص هذا العموم بالمصلحة وقضى بتضمين الأجير المشترك[1]، فقضى بتضمينه إذا تلف تحت يده مال من استأجره ولو لم يكن مقصراً حماية لأموال الناس والزاماً له بأن يبذل في حفظه عناية حفظ ماله الخاص او عناية الرجل المعتاد.

ولما قيل له كيف تقضي بضمانه ويده يد أمانة وقد قال الرسول (ﷺ) (لا ضمان على مؤتمن)، أجاب بمقولته المشهورة: (لا يصلح الناس إلا ذلك)[2].

ثالثاً: مبدأ دوران الحكم مع علته وجوداً وعدماً:

لكل تشريع باعث دافع والا لكان عبثاً والباعث الدافع لكل نص مقدم على تشريعه في التصور ومؤخر عن تطبيقه وتنفيذه في التحقق لان غاية كل شي، نتيجته وهذه النتيجة أو الغاية لها تسميات أخر منها الحكمة، والمصلحة، والعلة، فاذا تخلفت الغاية المتوخاة من تشريع نص، على القاضي ايقاف العمل به في الواقعة التي لا يحقق تطبيق النص فيها غايته والعدالة المتوخاة منه لان تطبيقه حينئذ يكون من باب الخروج عن مقاصد الشارع.

---

(١) وهو الذي يعمل لاكثر من شخص واحد كالخياط والنجار والحداد والمقاول.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي: ٢٨٩/٦، في التحرير والتيسير (١٢٣/٢): (وضمن ابو يوسف ومحمد الأجير المشترك فيما يمكن الاحتراز منه كالسرقة بخلاف ما اذا هلكت بالسبب الغالب وهو لا يمكن الاحتراز عنه كالحرق والغرق والغارة العامة فانه لا ضمان فيه وانما ضمناه بقول علي رضي الله عنه.

ومن التطبيقات القضائية لهذا المبدأ قضاء عمر بن الخطاب في خلافة أبي بكر (ﷺ) بايقاف العمل بنص قوله تعالى (وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ)[1] في آية تحديد آية تحديد أصناف المستحقين للزكاة والمؤلفة قلوبهم كانوا ثلاثة أقسام:

قسم كانوا من المشركين الذين تضررت مصالحهم برسالة محمد (ﷺ) الداعية إلى المساواة والقضاء على الظلم واستعباد الانسان لأخيه الانسان واستئصال جذور الشرك والنظام الطبقي البغيض، فحاولوا وضع العراقيل، في طريق نشر هذه الرسالة لذا خصصت لهم نسبة من موارد الزكاة لايقاف نشاطهم التخريبي ووضع حد لتحركاتهم الشريرة ضد الاسلام.

والقسم الثاني كانوا من غير المسلمين ايضا ولكن كان في اسلامهم مصلحة فخصص لهم بعض من موارد الزكاة لاستمالة قلوبهم.

والقسم الثالث كانوا حديثي العهد بالاسلام فلم يتركز الايمان في قلوبهم بعد فأعطي لهم نصيب من الزكاة حتى يتبين الرشد لديهم من الغي.

وبعد ان تقوى مركز الاسلام وزال الخطر عليه رأى عمر بن الخطاب (ﷺ) الاستغناء عن استمالة القلوب فقضى بعدم صرف الزكاة للمؤلفة قلوبهم بأقسامهم الثلاثة لان الزكاة شرعت لمكافحة الفقر وتضييق النظام الطبقي بين الغني والفقير وقد أجمع على هذا الرأي فقهاء الصحابة في عهد الخليفة الأول وبذلك اصبح حكما مجمعاً عليه ويعتبر عمر بن الخطاب بهذا الصنيع أول شخص استحدث قاعدة (الحكم يدور مع علته وجودا وعدما).

رابعاً: مبدأ عدم تفويت تطبيق حكم النص لمصلحة أهم

المصالح المتوخاة من تشريع النصوص وتطبيقها وتنفيذ أحكامها منها ضرورية يؤدي تخلفها إلى الاخلال بالنظام والحياة ومنها حاجية يؤدي عدم تحققها إلى الحرج والضيق، ومنها كمالية تحققها من الكماليات والتحسينات وتعتبر مكملة للنوعين السابقين وبناء على هذا التفاوت في أهمية المصالح إذا حصل التعارض بينها تقدم المصلحة الضرورية على المصلحة الحاجية كما تقدمان على الكمالية.

---

[1] في قوله تعالى (انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم) سورة التوبة: ٦٠.

والمصالح الضرورية خمس وهي مصلحة حماية الدين والحياة والعرض والمال والعقل فهي من ضروريات حياة كل مجتمع في العالم بحيث اذا اختلت واحدة منها يختل المجتمع في الحياة واذا حصل التعارض بين هذه المصالح الضرورية الخمس تقدم مصلحة حماية الدين والعرض على حماية الحياة وحماية الحياة على حماية الأموال. ومن التطبيقات القضائية لهذا المبدأ أن عمر بن الخطاب (ﷺ) قضى في سنة المجاعة برفع عقوبة السرقة الواردة في قوله تعالى ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُواْ أَيْدِيَهُمَا جَزَاء بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنَ اللَّهِ﴾[1] عن الذين ارتكبوا جريمة السرقة لسد حاجتهم الضرورية في المعيشة وقال في تعليل وتسبيب هذا القضاء مقولته المشهورة: (في تطبيق العقوبة حماية الأموال وفي ايقافها بالنسبة للمضطر حماية الأرواح، وحماية الأرواح أولى بالرعاية من حماية الأموال).

خامساً: مبدأ عدم تغيير حكم القاضي للواقعة

في الاسلام لا يعتبر حكم القاضي منشئاً للحق وانما هو كاشف ومقرر لما هو موجود في الواقع لان لله تعالى في كل تصرف من تصرفات الانسان ولكل واقعة تواجهه حكماً خاصا ان أصابه المجتهد أو القاضي فهو مصيب وان لم يصبه فهو مخطئ.

وبناء على ذلك اذا كان حكم واقعة أو تصرف هو الحظر في الواقع وحكم القاضي بالجواز أو كان الأمر بعكس ذلك، فان العبرة بالحكم الواقعي لا بما حكم به القاضي فحكم القاضي لا يحلل حراماً ولا يحرم حلال سواء كان عدم اصابة القاضي للحكم الواقع بسبب خطأ في الاجتهاد أو كان بسبب ما قدم اليه من الادلة الكاذبة والمستندات المزورة.

ولأساس هذا المبدا هو قول الرسول (ﷺ) في قضائه في الدعاوى التي كانت ترفع اليه: (انكم تختصمون الى ولعل بعضكم الحن[2] بحجته من بعض فأقضي له على نحو مما اسمع منه[3] فمن قطعت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه فانما اقطع له به قطعة من النار)[4]،

---

(١) سورة المائدة- الآية: ٣٨.

(٢) اللحن هو الميل من جهة الاستقامة والمراد ان بعض الخصماء يكون اعرف بالحجة وافطن لها من غيره.

(٣) من الدعاوي والاجابات والبينات والايمان وقد تكون باطلة في نفس الأمر فيقتطع من مال أخيه قطعة من النار ما يؤول اليه.

(٤) الحديث متفق عليه، صحيح مسلم: ١٣٣٧/٣.

فهذا الحديث يدل دلالة واضحة على ان حكم القاضي لا يحل به للمحكوم له ما حكم به له على غيره اذا كان ما ادعاه باطلاً في نفس الأمر وما اقامه من البينة كاذبا[١].

أما القاضي فيجوز له ان يحكم بما ظهر له، وان يظلم المحكوم عليه بحكمه على هذا الظاهر وان يجبر على تنفيذه، فالاسلام لا يلزم القاضي بأن يحكم دائماً باليقين لانه لو طلب منه اليقين في كل شيء لتعطلت أمور كثيرة ولضاعت حقوق الناس" لان الدعاوي والبينات أخبار وكل خبر يحتمل الصدق والكذب من حيث ذاته فلا يحصل بها الا الظن وهو الادراك الراجح لدى الانسان مع احتمال اخر مرجوح يسمى الوهم، كما يسمى ادراك طرفي القضية من الثبوت وعدمه بصورة متساوية شكا، فكما لا يلزم القاضي بالعمل باليقين لا يجوز له ان يحكم بالشك لان الشك يفسر لمصلحة المتهم.

سادساً: مبدأ المعاملة بنقيض القصد السيئ

أمر الاسلام الانسان بحسن النية في كافة تصرفاته وتعامله مع الغير وحرم الحاق الضرر بالغير او مقابلة ضرره بالضرر في فعله او قوله على لسان رسوله: (لاضرر ولا ضرار)[٢]، وربط الرسول (ﷺ) العمل بالنية وجعله تابعا لها صحة وفسادا وبناء على هاتين القاعدتين أجمع فقهاء الشريعة الاسلامية على ان من طلق زوجته وهو في مرض الموت بدون طلب او تقصير منها يقع الطلاق اذا كان واعيا ولكن الزوجة ترثه معاملة معه بنقيض قصده السيئ لان طلاقه في هذا الظرف يفسر بانه اراد حرمانها من الميراث.

ومن التطبيقات القضائية لهذا المبدأ قضاء سيدنا عثمان بن عفان رضي الله عنه في خلافته بتوريث تماضر زوجة عبدالرحمن بن عوف[٣] حين طلقها طلاقا بائنا في مرض موته ثم اصبحت هذه السابقة القضائية مصدرا لحكم جميع الفقهاء بوقوع طلاق المريض مرض الموت وبتوريث زوجته رغم وقوع الطلاق معاملة بنقيض قصده السيء وهذا مالم يختلف فيه الا من شذ لكنهم اختلفوا في تحديد المدة التي يسقط حق الزوجة في الميراث بعدها كما يأتي:-

---

[١] لكن اذا كان المحكوم له حسن النية وجاهلاً بكذب او تزوير البينة او لا يعرف بخطأ القاضي فانه لا يعتبر آثما.

[٢] سبل السلام: ٣/١١٠.

[٣] المنتقى شرح الموطأ: ٤/٨٥ وما بعدها.

أ- قال الحنفية[1] ترث الزوجة اذا مات الزوج وهي مازالت في العدة واذا مات بعدها لا ترث لانقطاع العلاقة الزوجية.

ب- وقال الجعفرية[2] ترث ما لم تمض سنة على الطلاق والزوج لا يزال حياً، وما لم تتزوج في حياة الزوج فاذا مات بعد مرور سنة على الطلاق أو تزوجت هي في حياة المزوج. فانها لا ترث ويتفق فقهاء الحنابلة[3] مع الجعفرية في ان زواجها يسقط حقها في الميراث لانه يعتبر بمثابة التنازل عن حق الميراث.

ج- وقال المالكية[4] والاباضية[5] ترث مطلقاً لان سبب الميراث ليس العلاقة الزوجية بل ما حل محلها وهي المعاملة بنقيض القصد السيء سداً للذرائع وهذا السبب لا يسقط بالتقادم وهذا الرأي الأخير هو القمين بالأخذ فمادامت علة الحكم باقية يبقى الحكم لانه يدور معها وجوداً وعدماً.

وبناء على هذا المبدأ الذي قضى به أحد الخلفاء الراشدين وأصبح مجمعاً عليه في عهده من الضروري اعادة النظر في الفقرة الثانية من المادة (٣٥) من قانون الأحوال الشخصية العراقي القائم التي تنص على انه: (لا يقع طلاق المريض مرض الموت أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك إذا مات في ذلك المرض أو تلك الحالة)، واقترح حذف الفقرة الثانية من هذه المادة للأسباب الآتية:

١- مخالف لجميع قوانين البلاد العربية والاسلامية التي تقضي بوقوع الطلاق وميراث الزوجة.

٢- القول بعدم وقوع طلاق المريض مرض الموت حين تمتعه بالوعي الكامل والادراك التام مخالف لاجماع فقهاء المسلمين.

٣- اذا كان عدم الوقوع لعدم الادراك التام لدى الزوج فانه يكون مكرراً مع الفقرة الاولى من هذه المادة التي تنص على عدم وقوع طلاق فاقد التمييز لكبر او مرض.

---

(١) المبسوط للسرخسي: ١٥٤/٦. الدر المختار وشرح تنوير الابصار مع رد المحتار: ٣٨٣/٣.

(٢) الكافي للكليني: ١٢٢/٦.

(٣) المغني لابن قدامة: ٣٣٠/٦.

(٤) المنتقى شرح موطا الامام مالك: ٨٥/٤-٨٦.

(٥) شرح النيل وشفاء العليل، لمزيد من التفصيل راجع: سلطان الارادة في الطلاق في الشريعة والقانون خلال ٤٠٠٠ سنة للدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي: ٥٩/٢-٧٠.

٤- اذا كان الطلاق لا يقع تكون عبارة: (ورثت زوجته) عبثا والمفروض ان القانون لا عبث فيه.
٥- اذا كان قصد المشرع حماية حقوق الزوجة فان الفقهاء اجمعوا على حماية هذه الحقوق.
٦- كيف يعلم القاضي مقدماً ان هذا الزوج المريض يموت في هذا المرض أليس الله قادراً على شفائه فكم من الناس أقرت اللجان الطبية حتمية موتهم خلال فترة وجيزة ثم عاشوا بعد ذلك سنوات.

وبناء على هذه الفقرة فان الزوجة تبقى في المدة الواقعة بين حكم القاضي وبين موت الزوج في حالة من الزوجية واللازوجية فاذا مات في هذا المرض يكون حكمه صائبا وإلا فيكون مخالفا للواقع لان الطلاق لم يكن في مرض الموت حتى يحكم بعدم وقوعه.

سابعاً: مبدأ تغير الاحكام بتغير الازمان

من الضروري ان يكون القاضي عالما بالظروف التي كانت محيطة بتشريع النص حتى يقارنها بظروف تطبيقه بحيث اذا وجدها حين التطبيق قد طرأ عليها تغير يخصص النص ان كان عاما ويقيده ان كان مطلقا ويؤوله اذا كان قابلا للتأويل لانه في حالة غياب هذه الموازنة قد يحكم القاضي بما يخالف العدالة فيلحق الحرج والعسر بالمجتمع وهما مرفوضان بقوله تعالى (وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ)[1] وقوله ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾[2].

ومن التطبيقات القضائية لهذا المبدأ: ان اسعار المواد والحاجيات في المدينة المنورة ارتفعت وغلت فذهب وفد إلى الرسول (ﷺ) فقالوا يا رسول الله غلا السعر في المدينة فسعر لنا فامتنع الرسول عن الحكم بالتسعير واعتبره ظلما مخالفا للعدالة لان سبب ذلك الغلاء او ارتفاع الاسعار كان قلة الانتاج وكان راجعا الى قانون العرض والطلب فكان الطلب أكثر من العرض فقال الرسول (ﷺ) (ان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق اني لأرجو ان القى الله وليس أحد منكم يطلبني بمظلمة في دم أو مال)[3].

ولذلك اعتبرت التسعيرة في ظل تلك الظروف مظلمة مضرة بحق التجار والباعة.

---

[1] سورة الحج- الآية: ٧٨.
[2] سورة البقرة- الآية: ١٨٥.
[3] نيل الاوطار للشوكاني: ٥/٢٣.

ولما تغيرت تلك الظروف في عهد فقهاء التابعين وتبدلت النفوس ومالت الى الجشع والاستغلال والاحتكار وكسب الربح على حساب المستهلك قضى قضاة وفقهاء التابعين بالتسعير رفعا للحرج والضيق ومن هؤلاء سعيد بن المسيب وربيعة بن عبدالرحمن ويحيى الانصاري وغيرهم مع ان المنطوق الصريح للحديث المذكور هو ان التسعيرة مظلمة بحق التجار والباعة ورغم ذلك فانه لا تناقض بين حكم الرسول (ﷺ) بعدم التسعير وبين حكم قضاة التابعين له لانه لكل واحد من الحكمين ظرفا خاصا ووضعا مختلفاً.

ثامناً: مبدأ عدم صلاحية القاضي في استحداث الجريمة والعقوبة

لخطورة منصب القضاء لم يعرف منذ صدر الاسلام إلى أواخر عهد العباسيين أن يتولى هذا المنصب الا من كان مجتهدا واهلا للاجتهاد وعلى الرغم من هذه المكانة العلمية لم يمنح له سلطة التجريم ولا استحداث العقوبة بصفته قاضيا وانما كانت هذه السلطة حصراً فيمن له الولاية الفعلية على المسلمين بتعاون مع اهل الشورى ذلك لان الشريعة الاسلامية شريعة نادت بمبدأ الشرعية: (مبدأ لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على نص) وقد نص القرآن الكريم على هذا المبدأ في آيات كثيرة منها قوله تعالى ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً﴾[1].

فلا عذاب ولا عقاب الا بعد ارسال الرسل وتبليغ الناس بما هو جائز وما هو محظور.

وعدم العذاب او العقاب يستلزم عدم المسؤولية الجنائية. ومنها قوله تعالى ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولاً يَتْلُوا عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا﴾[2] فهذه الآية تدل على ان الجهل عذر بدليل قوله تعالى ﴿يَتْلُوا عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا﴾ أي ان مجرد ارسال الرسل وانزال الشرع لا يكفي لاقرار المسؤولية الجنائية لمن يرتكب ما حرمه الشرع وهو لم يبلغ بعد ما لم يكن مقصرا في عدم التبلغ وعدم العلم.

ويستثنى من مبدأ الشرعية الايمان بالله فهو واجب على الانسان عقلا قبل ان يكون واجبا شرعا فعلى كل انسان بالغ عاقل ان يستدل بالبرهان الاني اي بالأثر على وجود المؤثر للايمان بالله لانه لو كان الايمان بالله متوقفاً على الايمان بالشرع للزمت المصادرة على المطلوب (الاستحالة المنطقية) لان الايمان بالشرع لا يكون الا بعد الايمان بالله فلو توقف

---

(١) سورة الاسراء- الآية: ١٥.

(٢) سورة القصص- الآية: ٥٩.

الايمان بالله على الشرع للزم توقف الشيء على ما يتوقف عليه وهو يستلزم توقف الشيء على نفسه الملتزم لتقدم الشيء على نفسه واللازم باطل وكذلك الملزوم.

تاسعاً: مبدأ حرية مناقشة حكم القاضي

على القاضي ان يفتح صدره أمام المدعي والمدعى عليه ومن ينوب عنهما للدفاع عن النفس او أي حق آخر، وهذا المبدأ نص عليه القرآن الكريم وأمر القضاة برعايته في آية الظهار في قوله تعالى ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ﴾[1].

وسبب نزول هذه الآية والايات التي تليها هو ان امرأة (خولة بنت حكيم) رفعت قضية شقاقها مع زوجها (اوس بن الصامت) بشان ظهاره اياها والظهار هو ان يشبه الزوج زوجته باحدى محارمه كأمه وأخته وبنته.

وكان الظهار طلاقا قبل الاسلام ثم جاء الاسلام والغى هذا الحكم وأحل محله الكفارة ورفعت خولة قضيتها الى الرسول (ﷺ) فقالت يا رسول الله زوجي أوس أكل مالي وأفنى شبابي ونثرت له بطني حتى اذا كبرت سني وانقطع ولدي ظاهر مني فأجابها الرسول قائلا ما أراك الا قد حرمت عليه وعادت خولة تحاور الرسول وتناقشه بمنتهى الحرية وتقول له ان لي منه صبية ان ضممتهم اليه ضاعوا وان ضممتهم الي جاعوا وعاد الرسول يقول لها ما اراك الا قد حرمت عليه ولم تقتنع خولة بالحكم وقالت الى الله أشكو امري وأمر صبيتي ثم نزلت على الرسول آية ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ﴾ الآية.

ثم بين سبحانه وتعالى ان حكم الظهار هو تحريم معاشرة الزوجة على المظاهر قبل دفع الكفارة وهي عبارة عن تحرير رقبة أي انسان مستعبد فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين وان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ، فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾[2].

---

[1] سورة المجادلة- الاية:١.

[2] سورة المجادلة- الاية:٣-٤.

عاشراً: مبدأ البراءة الاصلية

أجمع علماء المسلمين على ان الاصل في الانسان براءة ذمته ذلك لان الانسان يولد وذمته بريئة من كل التزام مدني أو جنائي وله قبل ولادته اهلية وجوب الناقصة الصلاحية بان يكون له بعض الحقوق ويكتسب بعد الولادة اهلية الوجوب الكاملة (له بعض الحقوق وعليه بعض الالتزامات المالية) ومع ذلك فان الاصل هو براءة ذمته من جميع الالتزامات المدنية والجنائية حتى يثبت خلاف ذلك فعلى القاضي ان يتعامل مع المدعى عليه على اساس هذا المبدأ بان يعده بريئا عن كل تهمة وجهت اليه حتى يثبت خلاف ذلك وتثبت ادانته.

ومصدر هذا المبدأ هو القرآن الكريم والسنة النبوية والقواعد الفقهية الكلية والعقل السليم:

١- القرآن:

نص القرآن الكريم في ايات كثيرة على براءة ذمة الانسان من الالتزمات الجنائية وعدم مسؤوليته حتى بعد ارتكاب الجريمة ما لم يكن مبلغا بنصوص التجريم والعقاب لان القرآن اول شريعة اقرت مبدأ الشرعية: (لا جريمة ولا عقوبة الا بنص) ومن الايات الدالة على هذا المبدأ قوله تعالى ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً﴾[1] وقوله ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولاً يَتْلُوا عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا﴾[2].

٢- السنة النبوية:

من تتبع المراجع المعتمدة من كتب الاحاديث النبوية وجد كثيرا من اقوال وافعال الرسول تدل صراحة على البراءة الاصلية لذمة الانسان منه قوله (ﷺ): (ادرؤوا الحدود بالشبهات)[3]، وقوله (ﷺ) (لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمت فلانة فقد ظهر منها الريبة في منطقها وهيأتها ومن يدخل عليها)[4]، وقوله (ﷺ): (البينة على من ادعى

---

[1] سورة الاسراء- الآية: ١٥.

[2] سورة القصص الآية- الاية٥٩.

[3] في رواية: (ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعا) رواه ابن ماجة، نيل الاوطار: ١١٧/٧.

[4] رواه ابن ماجة نيل الاوطار: ١١٧/٧.

واليمين على من أنكر)، وقوله (ﷺ) : (لو يعطي الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه)[1].

٣- القواعد الفقهية العامة منها:

أ- الاصل بقاء ما كان على ما كان[2].
ب- القديم يترك على قدمه[3].
ج- الأصل في الصفات العارضة العدم[4].

رب زدني علما والحقني بالصالحين

---

(1) صحيح مسلم: ٣/١٣٣٦.
(2) مجلة الأحكام العدلية: م/٥.
(3) المجلة م/٦.
(4) المجلة م/٩.

منهاج الاسلام في
مكافحة الاجرام

منذ الخليقة انقسم العالم البشري إلى معسكرين: معسكر الخير ومعسكر الشر فاقتضت هذه السنة للحياة أن تكون في كل عصر يد حكيمة مدبرة تمسك بالخيوط وتقود المركب المتزاحم المتصارع إلى شاطئ الخير والاصلاح في نهاية المطاف.

وانبثاقا من هذا الواقع البشري أخذ المصلحون والمفكرون من العلماء والفلاسفة يبحثون عن مصدر هذا الخير وذاك الشر محاولين الحصول عليه في الفطرة الانسانية، غير أن آراءهم تباينت وأنظارهم تضاربت كالآتي:

أ- قال البعض[١]: طبيعة الانسان فطرت على الخير فهو انما يختار سلوك الشر بتأثير من عوامل طارئة على فطرته كالعوامل المادية (الطبيعية) أو الأنثروبولوجية (الفردية)، أو الاجتماعية أو الوراثية.. أو غير ذلك مما يضعه تحت كابوس الشهوات ويخضعه لسلطان النزوات.

وانتقد هذا القول بانه مخالف لكثير من المسلمات الفعلية والمألوفات العادية يقول "جالينوس"[٢]: إن كان جميع الناس أخياراً بالطبع فمن علمهم الشر؟: ان علمهم غيرهم فهذا الغير شرير فليس الكل أخياراً، وان تعلموه من أنفسهم لميلهم اليه فالكل أشرار حتى وان وجد لهم الميل إلى الخير مادام ميل الشر هو الغالب.

ب- وأخذ البعض[٣] بعكس هذا الاتجاه وحكموا على الانسان بان فطرته مطبوعة على الشر فهو شرير بالطبع واذا سلك في مسار الخير يكون ذلك لاسباب خارجة عن ذاته.

---

(١) ومنهم سقراط (٤٦٩-٣٩٩ ق.م) الفيلسوف اليوناني من أثينا وهو لم يترك أثراً مكتوبا وانما سجل حياته وتعاليمه تلميذه أفلاطون في محاوراته، واكسالوفون في مذكراته. وكان يعتقد أنه صاحب الرسالة في الاصلاح.

(٢) جالينوس (١٣٠-٢٠٠م) كاتب وطبيب يوناني له أكثر من خمسمائة مؤلف في الطب والفلسفة ينظر الموسوعة العربية الميسرة ص٥٩٧.

(٣) ومنهم اليسوعيون.

ويعتبر لومبروزو[1] من أنصار هذا الاتجاه حيث يرى ان ظاهرة الاجرام تمثل ارتداد المجرم إلى اصل بدائي قديم يحمل في نفسه غرائز وحشية للانسان البدائي والحيوانات المنحطة.

وينتقد هذا الرأي بمثل ما انتقد به الرأي الاول[2] إلى جانب ان العلم الحديث أثبت انه ليس لاية صفة من الصفات الجسمية او التشريحية قوة في حد ذاتها يمكن ان تكون أساسا للنزعة الاجرامية.

ج- وذهب الفيلسوف الالماني "كانت" إلى ان الطفل غير المميز لا توصف فطرته بالخير والشر لانه لا يدرك ما يفعل ولا يعني ما يصدر عنه من التصرفات.

وينتقد بانه قد خلط بين مناطق المسؤولية وبين الفطرة.

والواقع ان الانسان ليس خيرا بالطبع ولا شريرا بالطبع بل هو وسط بين عالم الملائكة الذين لا يحملون سوى الطاقة الخيرة ﴿لَا يَعْصُونَ اللَّهَ مَا أَمَرَهُمْ وَيَفْعَلُونَ مَا يُؤْمَرُونَ﴾[3] وبين عالم الحيوان الذي لا يملك مناط المسؤولية.

اذا الانسان يحتوي في وقت واحد الطاقة الملكوتية التي تدفعه دوما الى الخير، والنفس الحيوانية الامارة بالسوء، فعندما يولد معه الاستعداد لكل من الخير والشر، والعوامل الطارئة هي التي ترجح احدى الكفتين على الأخرى.

وقد نطق القرآن الكريم بهذه الحقيقة صراحة في قوله تعالى: ﴿وَنَفْسٍ وَمَا سَوَّاهَا فَأَلْهَمَهَا فُجُورَهَا وَتَقْوَاهَا قَدْ أَفْلَحَ مَن زَكَّاهَا وَقَدْ خَابَ مَن دَسَّاهَا﴾[4].

وقد أعلن الاسلام منذ بدايته مبدأ (الوقاية خير من العلاج) لاسباب أهمها:

١- الوقاية تعني محاولة منع تكوين الشخصية الاجرامية منذ الطفولة.

٢- الوقاية تهيء الفرد لان يتخذ سلوكا مستقيما بمقتضى طبعه واندفاعه الذاتي بحيث يكتسب سلطة فعلية على سريرته.

---

[1] ولد في مدينة بافيا عام ١٨٣٨م ينظر المرحوم الاستاذ عبدالجبار عريم نظريات علم الاجرام ص٦٧-٦٨.

[2] ينظر الاستاذ أحمد جاد المولى بك: مذكرات في الخير ص٥.

[3] سورة التحريم/٦.

[4] سورة الشمس/ ٧-١٠.

٣- السياسة الوقائية تستند إلى أسس علمية وعملية بحيث يكـون نجاحهـا في مكافحـة الاجرام أمراً غير مشكوك فيه.

٤- الوقاية تتخذ منذ وقت مبكر وفي حالة يكـون الانسـان فيهـا في دور العجينـة لـه مرونة قابلة للانطباع بما يملى عليه.

٥- عدم وجود جدوى العلاج بالنسبة للمحترفين للجريمة.

وهذه الاسباب وغيرها هي سر تركيز الاسلام على الطرق الوقائية أكثر من تركيزه على الوسائل العلاجية.

ويتناول هذا البحث كلتا الطريقتين (الوقائية والعلاجية) ضمن فصلين.

الفصل الأول
الطرق الوقائية لمكافحة الاجرام

قلنا ان الاسلام أعار أهمية كبيرة للطرق الوقائية وهي من حيث طبيعتها وملائمتها لمراحل حياة الانسان تنقسم الى قسمين:

قسم منوط بالتكوين الشخصي الصحيح للانسان ونشاته نشأة سليمة، والقسم الآخر يتعلق بتهذيب سلوكه من طريق تقوية صلته بربه الذي هو رقيب على ظاهره وباطنه. وهذا ما نبحثه في المبحثين التاليين:

المبحث الأول

الأسس التكوينية لسلوك الانسان

تساهم في التكوين السلوكي للانسان عوامل كثيرة أهمها المنبت الصالح، والحليب الأصيل، والحضانة السليمة، والتربية الصحيحة، والتعليم الحكيم السليم.

أولاً: اختيار منبت صالح للبذرة:

وحدة الرجل والمرأة في صورة الزواج الصحيح هو الاساس الطبيعي لبقاء النوع البشري وسلالته المتعاقبة.

فالغريزة الجنسية لم تخلق لتكون غاية لذاتها وانما هي وسيلة لثمرة اسمى وهي استمرارية حياة بني نوع الانسان بصورة تتلائم مع الكرامة التي منحها الله اياه كما ورد في القرآن الكريم ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً﴾[1].

ولهذا تفرعت عن الغريزة الجنسية غرائز فرعية وهي:

أ- الغريزة الشهوانية الحيوانية التي تجذب أحد الجنسين نحو الآخر.

ب- غريزة العاطفة الروحية المهذبة (الحب المعنوي) بين الزوجين عن طريق بناء الكيان الزوجي.

ج- غريزة الحب العائلي الذي يربط بين الزوجين من جهة وبينهما وبين الاولاد من جهة اخرى حين قيام الاسرة.

وهذه الاخيرة هي اسمى الغرائز لان الاسرة ان صحت صح المجتمع، وان فسدت فسد المجتمع.

---

(١) سورة الاسراء/٧٠.

ولاجل ان ينبت الانسان نباتا حسنا ويصبح نبتة صالحة في بناء كيان المجتمع بعيدا عن كل نوع من انواع السلوك الاجرامي حدد الرسول الكريم (ﷺ) طبيعة اختيار شريكة الحياة في كثير من اقواله منها ما يلي:

أ- قال "اياكم وخضراء الدمن. قالوا: يا رسول الله وما خضراء الدمن؟ قال: المرأة الحسناء في المنبت السوء"[١].

وكلمة (اياكم) في هذا الحديث الشريف للتحذير من اختيار حسناء نبتت من منبت السوء، وتربت تربية سيئة لانعكاس الاثار السلبية لهذا الاختيار على سلوك الاولاد.

ب- وقال (تخيروا لنطفكم فان العرق نزاع). وفي رواية أخرى: (تزوجوا في الحجر الصالح فان العرق دساس) وفي رواية قال رسول الله (ﷺ): (تخيروا لنطفكم وانكحوا الاكفاء وانكحوا اليهم)[٢]. هذا ما قاله الرسول (ﷺ) قبل أكثر من اربعة عشر قرنا.

وقد اثبت علم الوراثة في العصر الحديث ان الاختلاف الأصيل في الصفات بين أفراد النوع يرجع الى الاختلاف في صبيغات نواة الخلية.

وان هذه الصفات تنتقل من السلف الى الخلف عن طريق الارثة وهي جرثومة البروتوبلازم التي تنقل العوامل الوراثية التي تحويها "المورثا".

على ان ما ينقل بالوراثة ليس هو الصفات ذاتها التي تبدو للعيان، وانما القدرة على حمل هذه الصفات[٣].

ج- وقال: (تخيروا لنطفكم وانكحوا الاكفاء)[٤] أمر الرسول العظيم (ﷺ) في هذا الحديث الشريف بان يخضع الزواج لشرط الكفاءة:

الكفاءة في الدين والاخلاق، والكفاءة في السن، والكفاءة في الحرف والمهن، والكفاءة في المستوى الثقافي والمركز الاجتماعي.. حتى يدوم الزواج بعيدا عن الشقاق والخلافات العائلية، والمشاكل البيتية التي لها تأثير سيء على سلوك الاولاد.

د- وقال: "تنكح المرأة لأربع: لمالها، ولحسبها، ولجمالها، ولدينها فاظفرت بذات الدين تربت يداك"[١].

---

[١] جامع الاحاديث لجلال الدين السيوطي، ١٠/٤٥٦.

[٢] السنن الكبرى للبيهقي، ٧/١٣٣.

[٣] أنظر الدكتور محمد أحمد خليفة: مقدمة دراسة السلوك الاجرامي طبعة ١٩٦٢ ص٥٧.

[٤] المرجع السابق.

إن أهم العوامل التي تدفع الرجل إلى أن يقع اختياره على امرأة معينة هي: أما لأنها صاحبة مال يطمع في مالها، أو لانها من ذوات الحسب الذي يعده الناس من مفاخر الاباء، او لجمالها لان الجمال مطلوب في كل شيء، ولاسيما في المرأة، او لدينها وأخلاقها وسلوكها الجيد:

ويؤكد الرسول (ﷺ) ان الدافع الذي يخضع له الانسان يجب ان يكون العامل الأخير من العوامل الأربعة اذ به يتم كيان الأسرة السعيدة الصالحة لانجاب الأولاد الصالحين، وبخلاف ذلك يلاقي الزوج المذلة والمسكنة. وتعبير (تربت يداك) يعني التصاقهما بالتراب وهو كناية عن للذلة التي تواجه الزوج اذا لم تلتزم الزوجة بالدين والاخلاق، وهذا ينطبق على البنت التي تختار شريكا لحياتها.

ثانياً: الحليب الأصيل:

أعطى "الاسلام عناية كبيرة لارضاع الطفل من حليب الأم لما له من التأثير في تكوين شخصيته وسلوكه في المستقبل، لهذا بل ولاكثر من هذا أمر القرآن الكريم بأن يكون الارضاع من حليب الأم قال سبحانه وتعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾[٢].

فهذا النص وان ورد على شكل جملة خبرية الا انه في الحقيقة والمعنى جملة انشائية فطلب من الامهات على وجه الحتم والالزام ان يرضعن بانفسهن لولادهن ان امكن ذلك.

واسلوب الطلب في صورة الخبر يعتبر فنا رائعا من فنون البلاغة ويدل على أهمية الحكم.

وانبثاقا من تأثير الحليب على سلوك الرضيع اشترط الاسلام في المرضعة أما كانت أم غيرها أن يكون سلوكها حسنا.

---

[١] فتح الباري شرح صحيح البخاري للامام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني- كتاب النكاح ١٣١/٩.

[٢] سورة البقرة/٢٣٣.

ثالثاً- الحضانة السليمة:

للحضانة تأثير كبير في سلوك المحضون لانه يقلد الحاضنة لا اراديا في اقوالها وافعالهـا، وفي صفاتها واخلاقها، وفي عاداتها وتقاليدها.. كما يقلدها تلقائيا في تعلم لغتها.

ولأهمية الحضانة في سلوكية الطفل اشترط الاسلام في الحاضنة ان تكون اهلا لهذه الرسالة الانسانية: بأن تكون عاقلة قوية امينة صـادقة في أقوالهـا وأفعالهـا، مهذبـة في أخلاقهـا وسلوكها.. ولكل ما يتلقاه الطفل من الحاضنة في مرحلة الحضانة من الشفقة والمحبة والمودة والانسجام والوئام والابتسام.. تأثير فعال في معاملة هذا الطفل في المستقبل مع ابناء مجتمعه بنفس الاسلوب الذي عومل به في تلك المرحلة.

وأعطيت للأم الأسبقية في ممارسـة مهمـة الحضـانة في الشـرع والقـانون لـوفرة شـفقتها وعطفها وصلتها وتفانيها.. وأكد الرسـول العظـيم هـذه الحقيقـة في قضـائه وتبعـه الخلفـاء الراشدون:

قالت امرأة يا رسول الله: ان ابني هذا كانت بطني له وعاء، وثدي له سقاء، وحجـري لـه حواء، وان اباه طلقني واراد ان ينزعه مني فقال لها: (انت أحق به ما لم تنكحي)[1].

ولما خاصمت زوجة عمر بن الخطاب ﷺ بعد الطلاق الى أبي بكـر الصـديق ﷺ حـين أراد عمر ان تكون له حضانة ولده منها: قال ابو بكر: (الام أعطـف، والطـف، وارحـم، واحنـى، واخير، وارأف، هي أحق بولدها مالم تتزوج)[2].

رابعاً- التربية البيتية الصحيحة:

الأسرة هي المجتمع الصغير الذي يسلم الفرد إلى المجتمع الكبير لذا فان كل مـا يجنيـه من الأول تنعكس آثاره على الثاني.

وبناء على ذلك أعطت الشريعة الاسلامية اهمية كبيرة للأسرة في دورها الوقـائي لانهـا تستقبل الطفل وهو بعد عجينة مرنة يقبل كل حجم تمليه عليه الاسـرة الـتي هـي معـرض واسع لكل لون من الوان الحياة الاجتماعية منها، والاخلاقية، والثقافية وغيرها.

---

(١) سبل السلام ٣/٢٩٩.

(٢) ابن قيم الجوزية: زاد المعاد في هدى خير العباد ٤/١٢٣.

وفي الاسرة يتم نسيج العلاقة الوجدانية التي تربط الفرد بالحياة الخارجية ويأخذ طبعه النهائي في السنين الاولى من الحياة فالحدث في الاسرة يفهم الحياة وفيها يجوع ويشبع ويطمع، وفيها يكتسب الحب والحقد، وفيها يميل الى اختيار السلوك العدل او السلوك الاعوج.

وبتعبير آخر: الاسرة وعاء تنضج فيه الروح الاجتماعية او تحترق.

فالطفل في ادوار حياته الاولى يبحث عن نموذج يقتدي بـه وهـو يحاول ان ينتـزع هـذا النموذج من محيطه الذي ينشأ فيه.. وبما ان الاسرة هي التركيبة الاجتماعية التي يفتح عينيه عليها والحضن الذي يترعرع في كنفه فانه ينزع غالبا الى اكبار ابيه لانه الشخص الاقوى والامثل في الاسرة ولهذا النزوع الفطري يجب على الاب ان يتصرف في البيت بحكمة تامة تجاه نفسه وزوجته واولاده حتى يقي نفسه واهله من الانحراف نحو السلوك الاعوج.

كما امر بذلك القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَاراً﴾[1] وعلى الابوين ان يكونا قدوة نموذجية لاولادهما في الاخلاق الفاضلة والسلوك الجيد والا يتصرفا بخلاف ما هو المطلوب من الاولاد ان يعملوه وقد ندد بهذا الاسلوب القرآن الكريم في قوله تعالى ﴿أَتَأْمُرُونَ النَّاسَ بِالْبِرِّ وَتَنسَوْنَ أَنفُسَكُمْ﴾[2].

خامساً- التعليم السليم الحكيم:

من الغني عن البيان: ان الجهل مصدر اكثر الامراض الاجتماعية، كالتخلف والفقر والاجرام والجنوح.. وان العلم هو اساس كل تقدم في ميدان الحضارة، وتأمين الحياة الكريمة، ومكافحة الجريمة..

لذا أولت الشريعة الاسلامية اهتماما كبيرا للتعليم والتعلم بحيث جعل اول طلب موجه الى المجتمع البشري هو الامر بالقراءة ﴿اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ خَلَقَ الْإِنسَانَ مِنْ عَلَقٍ﴾[3].

وقد كان سيدنا محمد (ﷺ) هو المعلم الاول لامته يعلمهم الكتاب والحكمة كما يقول سبحانه وتعالى ﴿يَتْلُو عَلَيْكُمْ آيَاتِنَا وَيُزَكِّيكُمْ وَيُعَلِّمُكُمُ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ وَيُعَلِّمُكُم﴾[4].

---

[1] سورة التحريم/٦.
[2] سورة البقرة/٤٤.
[3] سورة العلق/١، ٢.
[4] سورة البقرة/١٥١.

وكان هو اول من طبق نظام التعليم الالزامي ومكافحة الامية حين جعل فدية كل اسير من اسرى بدر الكبرى تعليم عشرة من اولاد المسلمين القراءة والكتابة.

ولم يكتف بهذا القدر بل ذهب الى اكثر من ذلك فرفع التمييز الجنسي في ميدان التعليم فقال: (طلب العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة)، وفي رواية (طلب العلم فريضة على كل مسلم وان طالب العلم يستغفر له كل شئ حتى الحيتان في البحر)[1] ولفظ مسلم في هذه الرواية يشمل المسلمة أيضاً.

وأقر القرآن الكريم قبل القانون الوضعي بمئات السنين نظام البعثات وفكرة التنقل من بلد إلى آخر لغرض تحصيل العلم فقال سبحانه وتعالى: ﴿فَلَوْلاَ نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَآئِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُواْ فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُواْ قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُواْ إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾[2]. وانذار القوم يدخل في مفهومه منعهم من السلوك الاجرامي، ومن عمل كل شر عن طريق العلم والتوجيه الصحيح.

وهذا قليل من الكثير بالنسبة للاهمية التي اعطاها الاسلام للعلم. كسلاح يستخدم لمقاومة الشر، ولتوفير النفع والخير للمجتمع البشري.

ومرد هذا الاهتمام الى ان الانسان بالعلم يستطيع ان يميز الصالح من الطالح، والنفع من الضرر، والخير من الشر والطيب من الخبيث، والسلوك الصحيح من السلوك الاعوج..

وبذلك يمكن القول بان الاسلام اعتبر المؤسسة التعليمية من اقوى وسائل مكافحة الاجرام. كما اعتبر المعلم هو المسؤول الثاني بعد الابوين عن سلوك الأحداث، وعن وقايتهم من الجنوح.

ولكن يجب ان لا ننسى ان المؤسسات التعليمية في حياتنا المعاصرة كما هي اداة تهذيب وتثقيف وتقديم للشخصية فانها قد تكون سببا لجنوح الاحداث، وذلك لاهمال الجانب الروحي والتربية الاخلاقية فيها. وفي نظر الاسلام المؤسسات التعليمية من المؤسسات الدينية التي يجب ان تهتم بالجانب الروحي والمادي معا.

ورسالة المدرسة لا تقتصر على تلقين التلاميذ العلوم المجردة ولا تقف عند تعليم القراءة والكتابة او الحساب والهندسة والكيمياء والفيزياء او غير ذلك.

---

(١) صحيح وضعيف الجامع للشيخ الالباني ١/٢٦٠.

(٢) سورة التوبة/١٢٢.

وانما ينبغي عليها ان تركز على الجانب الروحي ايضا وان تلقن الاحداث حسن التربية والاداب والقيم العالية والمثل السامية، والالتزام بالواجبات الدينية والاجتماعية الى جانب الالتزام بالواجبات التثقيفية المادية او الحضارية بالمفهوم الحديث.

المبحث الثاني
الطرق الروحية الوقائية

بعد اجتياز الانسان مرحلة نقص الاهلية يأتي دور الوسائل الوقائية الروحية التي تتمثل في احكام تكليفية تنظم علاقة الانسان مع خالقه وتبدأ بالايمان بالله وتنتهي بما يتفرع عن هذا الايمان من العبادات بكافة انواعها سواء أكانت بدنية محضة كالصلاة والصيام، ام مالية محضة كالزكاة، ام بدنية ومالية كالحج.

فهذه الاحكام الشرعية التكليفية ان تم اداؤها بصورة صحيحة تولد طاقة روحية تحول بين القائم بها وبين كل عمل اجرامي كما يتجلى ذلك من الايضاح الآتي:

اولا- اهمية الايمان بالله في الوقاية:

الايمان بالله هو اول واجب عقلي وشرعي على كل انسان مكلف يعيش على بساط كوكب الارض او في اي عالم آخر ان وجد فالايمان بالله هو المنطلق الاول للانسان نحو النمو والتقدم والتطور في المجالين الروحي والمادي. فالجسم بلا ايمان كهيكل بلا روح.

فلايمان عمود فقري لكافة الوان الحياة السعيدة للبشر فمن لا عقيدة له لا التزام له، ومن لا التزام له لا يكون أهلا لتسلم اية مهمة.

ان القيم الانسانية والمثل العليا التي امتزجت بقواعد التشريع من البر والاحسان، والتكافل والوئام، والاخوة والايثار.. تستمد معاييرها وتدعيمها من ينبوع واحد وهو الايمان بالله[1].

---

[1] ينظر فلسفة الشريعة للمؤلف، ص٤.

فالايمان بالله يراقب العامل في معمله، والفلاح في مزرعته والموظف اثناء اداء عمله، والمعلم في مدرسته، والجندي في ساحة معركته والام في بيتها، والسلطة حين ممارسة مسؤولياتها.

ثانيا- الصلاة ودورها الوقائي:

يقول سبحانه وتعالى: ﴿وَأَقِمِ الصَّلَاةَ إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ﴾[1].

الصلاة تنهى وتمنع المصلي عن العمل الفاحش والتصرف المنكر، فهي وسيلة فعالة من الوسائل الوقائية لمكافحة الاجرام، ان اقيمت بروحها لا بشكلها وحقيقتها وجوهرها لا كعمل اعتاده الناس تقليدا للآباء. يندفعون اليها دون الشعور بمغزى وحقيقة الهدف المقصود منها.

فالصلاة المطلوبة هي تلك الصلاة التي تقوى صلة العبد بالمعبود وتزيد روح الاستقلالية والشعور بالعزة والكرامة كلما كرر لسان المصلي ﴿إِيَّاكَ نَعْبُدُ وإِيَّاكَ نَسْتَعِينُ﴾.

ثم ان الصلاة مدرسة للتمرين على الطهارة طهارة الجسم، وطهارة اللباس، وطهارة المكان، لان هذه النظافات كلها شروط لصحة الصلاة.

فالنظافة القلبية المكتسبة من هذه الطاعة الروحية طاقة فعالة تدفع الانسان الى الخير وتقيه دوما من الشر ودوافعه.

ثالثا- الصيام والوقاية عن الاجرام

الصيام رياضة روحية تهذيبية لسلوك الانسان له تأثير كبير في الوقاية واكتساب المناعة ضد الاجرام. ولهذا العمل الروحي ثلاث مراتب من حيث الاهمية في توليد الطاقة الروحية التي تقي الانسان من الانحراف نحو السلوك الاجرامي.

المرتبة الاولى:

الامساك عن الطعام والشراب والشهوات وهذا هو الصوم الظاهري الذي يكتفي به اكثر الناس لذا لا نرى له اثرا فعالا في تقويم سلوكهم.

---

[1] سورة العنكبوت، ٤٥.

المرتبة الثانية:

صوم الجوارح والاعضاء الحية في جسم الانسان وهو امساكها عن استخدامها في تنفيذ الاجرام: فصوم الايدي امساكها عن امتدادها نحو التجاوز على حق الغير: وصوم الارجل امساكها عن المشي عليها وراء عمل الشر، وصوم اللسان حفظها عن الكلام المؤذي وعن التطاول على اعراض الناس وصوم العيون غضها عن عورات الناس، وصوم الآذان سدها عن الاصغاء لكل باطل.

المرتبة الثالثة:

صوم القلوب: وهو تطهير النفوس عن شوائب الرذيلة كالحقد والحسد والبغض والانانية والتكبر والطغيان..

اثر الصيام في السلوك البشري: في الصوم تعويد على الصبر والصبر قمة الاخلاق، وروح الفضائل في الصوم تعويد على ان يراقب الانسان نفسه بنفسه، وان يحاسب نفسه قبل ان يحاسبه الغير، لان طبيعة الصيام عمل ذاتي لا يطلع عليه غيره. في الصوم وحدة الذات ظاهرا وباطنا وسرا وعلنا، في الصوم تقلص من ظاهرة الازدواجية والنفاق لانه عبادة تختلف عن بقية العادات في حقيقتها وسريتها.

رابعا: الحج واهميته:

الحج خلافا لما يتصوره كثير من الناس ليس صك الغفران ولا بطاقة لدخول الجنة. والحجاج حين يكونون في زي موحد (الاحرام) متوجهين الى قبلة واحدة (رمز الوحدة) خاشعين لذات واحد (الله جل جلاله) يتجردون عن صفاتهم الرذيلة من الانانية والانحياز، والتعصب الاقليمي او القبلي او المذهبي او الطائفي.

ففي هذا الجو المشحون بالايمان وروح الوحدة يتبادلون الاراء، ويناقشون اسباب المشاكل، ويقدمون الحلول.

فبهذه الطريقة الروحية الجماعية التضامنية يستطيعون ان يتغلبوا على شرور انفسهم وكيد اعدائهم.

خامسا- الزكاة ومكافحة الاجرام

تنسب اغلب المفكرين من الفلاسفة ورجال القانون جنوح وانحراف الانسان في المجتمع الى الاسباب الاقتصادية واعتبروا الحاجة والعوز والفقر من اهم العوامل التي تدفع المعدم الى اختيار سلوك ملتو.

وقد اهتم الاسلام بحل مشكلة الفقر فوضع لها طرقا كثيرة ومن اروعها تشريع نظام الزكاة التي هي عبارة عن تحديد نسبة مئوية تؤخذ من اموال الاغنياء وتدفع للفقراء والمساكين.

وقد نص على فرضية الزكاة القرآن الكريم في نصوص كثيرة منها قوله تعالى: ﴿وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ لِّلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ﴾[1].

وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ لِّلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ﴾[2].

وقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾[3].

والصدقات هي الزكاة وهي حق الفقراء وواجب على الاغنياء قرره الاسلام، فان لم يؤد الاغنياء هذا الواجب باختيارهم تجبرهم عليه السلطة بل قد تحاربهم ان اقتضى الامر ذلك كما فعل الخليفة الاول مع اهل الردة. والاموال التي تجب فيها الزكاة حددها الاسلام بما يلي:

١- المحصولات الزراعية: ففيها العشر ان سقيت سيحا او ديما والا ففيها ٢,٥٪.

٢- النقود المعدنية والورقية، والاموال المرصدة للنماء ففيها ٢,٥٪.

٣- الحلي والاواني والقطع الذهبية والفضية وكل ما هو مصنوع منهما من ادوات الزينة، وأموال التجارة، واسهم الشركات.. وفيها ٢,٥

٤- رأس مال المصانع والمعامل وارباحها في نهاية كل سنة وفيها ٢,٥٪.

٥- السيارات والأدوات والالات المستعملة لغرض التجارة والاستثمار على اساس الاقل من قيمتها خلال السنة وفيها ٢/٥٪.

٦- ايجار العقارات من الدور السكنية والفنادق وغيرها.. وفيها ٢,٥٪.

---

(١) سورة الذاريات ١٩.

(٢) سورة المعارج ٢٤، ٢٥.

(٣) التوبة ٦٠.

٧- المواشي (الغنم والمعز والبقر والابل)، اذا حال عليها الحول وكانت سـائمة اي ترعـى الكلأ، وغير معلوفة ولا عاملة وتؤخذ الزكاة من هذه الاموال بنسب معينة وبشروط مبينة في كتب الفقه.

وما يدفع للفقير من حصيلة الزكاة يمكن ان يغنيه عن اخذها مستقبلا لانه قد يسـتطيع ان يكتسب بما يأخذه من الزكاة موردا للمعيشة، ويصير قادرا على دفع الزكاة للآخـرين في المستقبل.

ويعود سر اعتبار الزكاة وسيلة من وسائل مكافحة الاجرام الى اسباب اهمها ما يلي:

أ- القضاء على مشكلة الفقر والحاجة بصورة تدريجية.

ب- تضييق نطاق التفاوت الطبقي بين الطبقة الغنية والطبقة الفقـيرة، فـالفقير يصـعد والغني ينزل الى ان يلتقيا في مستوى واحد، او يتقاربا.

ج- الوقوف ضد طغيان نفس الغني الذي ينشأ عن شعوره باستغنائه كما صـرح بـذلك القرآن الكريم في قوله تعالى ﴿كَلَّا إِنَّ الْإِنسَانَ لَيَطْغَى أَن رَّآهُ اسْتَغْنَى﴾[1]. فالزكـاة تزكي المزكي من هذه الصفة الرذيلة وفقا لقوله تعـالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا﴾[2].

د- عندما يشعر الفقير بان له نصيبا من مال الغني عليه ان يدفعه له وجوبا والزاما لا صدقة وتفضلا يعتبر نفسه شريكا له فيتمنى له ازدياد المال بدلا من ان يتمنى زواله، ويكن له الحب والود بدلا من ان يحسده ويحقد عليه، ويتعاون معه بدلا من ان يعتدي على حياته او امواله.

يا حبذا لو كانت في كل بلد اسلامي وزارة او مؤسسة عامـة للزكـاة تقـوم بهـذه المهمـة والتي لا تقل اهمية عن مهمة وزارة الاوقاف.

---

(١) سورة العلق ٦.

(٢) سورة التوبة (١٠٣).

الفصل الثاني
الطرق العلاجية

الطرق العلاجية في الاسلام ليست عقابية فحسب كما هو الشأن في القانون وانما هي اصلاحية وعقابية لان الغاية الحقيقية الرئيسة هي تحقيق اصلاح الجاني واذا امكن ذلك بغير العقاب فانه يعتبر اولى وافضل من اللجوء الى العقاب.

وتحاول استعراض نماذج لكلتا الطريقتين (العلاجية الاصلاحية والعلاجية العقابية) في المبحثين الآتيين:

المبحث الأول
الوسائل العلاجية الاصلاحية

من البدهي ان العقاب كالجريمة ضرر يلحق الاذى بافراد المجتمع واختيار الاول لدفع الثاني انما هو استثناء يلجأ اليه للضرورة.

واذا امكن ان يستعاض عنه بأمر آخر فيختار هذا البديل تجنبا عن دفع الضرر بالضرر.

وهذا ما اقره الاسلام بعد ان قرر ان الغاية الرئيسة من العقاب انما هي الاصلاح وليست انتقاما.

ومن الطرق الاصلاحية المقررة في الاسلام: توبة المجرم، وتصالحه مع المجني عليه او الورثة، والزامه برياضة نفسية تهذب سلوكه. وهذا ما نروم استعراضه بايجاز فيما يلي:

اولا- التوبة:

التوبة: تعني الرجوع والعودة وطلب الوقاية، والبعد عن شر ما يخافه الانسان في المستقبل من سيئات اعماله.

وعرفها العلماء بانها الرجوع الى الله تعالى بالتزام فعل ما يحب وترك ما يكره، وصورها البعض بانها العلم بضرر الذنب، وتألم القلب، والندم على ما فات، والقصد الى التخلص من الذنب وترك المعصية في الحال والعزم على عدم العودة اليها في المستقبل[1].

وفي بعض الحالات وظروف معينة يقدر اعتبارها ولي الأمر او من يمثله (القاضي) اذا تعهد المجرم امام الله وامام المجتمع بعدم الرجوع الى الجريمة، وبالكف النهائي عن الميل الى اختيار اي عمل يلحق الضرر بالغير، وباصلاح نفسه.

فان هذه التوبة تكون مبررة لاسقاط العقوبة واعفاء المجرم منها. وقد قرر القرآن الكريم ذلك في اخطر الجرائم (جرائم الحدود).

---

[1] ينظر الدكتور احمد الشرباصي: اخلاق القرآن ٢/٥٣.

أ- ففي جريمة الحرابة (قطع الطريق): قال سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾[1].

فهذا النص صريح في اسقاط عقوبة الدنيا والاخرة في اخطر الجرائم بالتوبة اذا تمت هذه التوبة باختيار المجرم قبل القاء القبض عليه.

ب- وفي جريمة القذف قال سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾[2].

فهذا النص حرم القذف قطعا لالسنة الناس ومنعا لتطاولها على اعراض الناس وقرر للقاذف الذي يتهم امرأة محصنة (شريفة) او رجلا محصنا (شريفا) بتهمة اخلاقية (جريمة الزنا) ولم يستطع اثباتها باربعة شهداء. ثلاث عقوبات اولاها (ثمانون جلدة) عقوبة بدنية لا تسقط بالتوبة لما فيها من الحق العام (حق الله) والحق الخاص (حق المقذوف).

اما الثانية (عدم قبول الشهادة) والثالثة (الفسق) فانهما ادبيتان من حقوق الله فتسقطان بالتوبة واصلاح النفس.

ثانيا- الرياضة النفسية (الصيام):

الزم الاسلام بعض المذنبين باصلاح انفسهم عن طريق الصيام الذي هو عبارة عن رياضة نفسية بالكف عن الاكل والشرب والجنس وغير ذلك مما تشتهي الانفس.

فالصيام كما بينا في موضوع الوسائل يهذب الاخلاق ويقوم السلوك، وقد فرضه القرآن على المذنب بدلا من العقاب في حالات القتل خطأ، والظهار، وهتك حرمة رمضان المبارك بمباشرة زوجته وهو صائم، وحنث اليمين، وفي بعض الذنوب الاخرى.

أ- ففي القتل خطأ تجب على القاتل كفارة مالية: وهي تحرير انسان استعبد من

---

(١) سورة المائدة ٣٢، ٣٤.

(٢) سورة النور ٤، ٥.

استعباده فان لم يجد ذلك كما في عصرنا يجب عليـه صـيام شـهرين متتـابعين، هـذا بالاضافة الى الدية التي تجب على العاقلة.

وذلك وفقا لقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِناً إِلاَّ خَطَئاً وَمَن قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَئاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلاَّ أَن يَصَّدَّقُواْ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مْؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِّيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةً فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللّهِ وَكَانَ اللّهُ عَلِيماً حَكِيماً﴾[1].

ب- وفي الظهار (وهو تشبيه زوجته باحدى محارمه كان يقول لها انت علي كأمي او انت عليّ كظهر أمي): يجب عليه تحرير انسان مستعبد من استعباده فـان لم يجـد فعليـه صيام شهرين متتابعين، فان لم يستطع فعليه اطعـام سـتين مسـكينا كمـا في قولـه تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا[2] ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً﴾[3].

ثالثا- العفو والصلح:

امر القرآن الكريم بالعفو لان العفو عند المقدرة فضيلة، ورمز لعلو الهمة، ولان مقابلـة السيئة بالحسنة ربما تكون اوقع في النفوس واكثر تأثيرا لرجوع المسيء الى صـوابه، ولاهميـة العفو في تعديل التوازن المختل اذا استخدم في مكانه امر به القـرآن الكـريم وشـجع عليـه الانسان واعتبره من صفات المحسنين والمتقين، ووعد من يختار ايثـار العفـو علـى العقـاب بالاجر والثواب من عنده في الدنيا والاخرة في نصوص كثيرة منها.

أ- قوله تعالى ﴿وَسَارِعُوا إِلَى مَغْفِرَةٍ مِّن رَّبِّكُمْ وَجَنَّةٍ عَرْضُهَا السَّمَوَاتُ وَالأَرْضُ أُعِدَّتْ لِلْمُتَّقِينَ الَّذِينَ يُنفِقُونَ فِي السَّرَّاءِ وَالضَّرَّاءِ وَالْكَاظِمِينَ الْغَيْظَ وَالْعَافِينَ عَنِ النَّاسِ وَاللّهُ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾[4].

---

(1) سورة النساء/٩٢.

(2) أي قبل ان يتعاشرا جنسيا حيث تحرم عليه الى ان يقوم باداء الكفارة المالية او البدنية.

(3) سورة المجادلة ٣، ٤.

(4) سورة آل عمران ١٣٣، ١٣٤.

هذا النص جعل كظم الغيظ والعفو عند المقدرة من صفات المحسنين والمتقين الذين يستحقون الجنة لقاء تحليهم بهذه الفضيلة. فالعفو ان كان جميلا وحسنا في حد ذاته فهو اجمل وافضل اذا كان من الاعلى للأدنى، ومن القادر للعاجز، ومن القوي للضعيف ومن الحاكم للمحكوم.

ب- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَسْتَوِي الْحَسَنَةُ وَلَا السَّيِّئَةُ ادْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فَإِذَا الَّذِي بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ عَدَاوَةٌ كَأَنَّهُ وَلِيٌّ حَمِيمٌ وَمَا يُلَقَّاهَا إِلَّا الَّذِينَ صَبَرُوا وَمَا يُلَقَّاهَا إِلَّا ذُو حَظٍّ عَظِيمٍ﴾[١].

وصف القرآن الكريم في هذا النص درجة دفع السيئة بالحسنة والسماحة التي تستعلي دفعات الغيظ والغضب بانها فضيلة لا ينالها الانسان العادي لانها قمة الهمم العالية.

وانما يستحق حيازة هذه الدرجة شخص ذو حظ عظيم في الايمان بربه، وفي فهم الحياة فهما صحيحا، وفي التوازن الذي يعرف متى تكون السماحة ومتى يكون الدفع بالحسنى.

ج- قوله تعالى ﴿وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الأَمْرِ﴾[٢].

في هذا النص الكريم امر الله سبحانه وتعالى نبيه محمد (ﷺ)، ان يتبع في حكمه وقضائه ومعاملته مع المسيئين اسلوب العفو والمغفرة اذا رأى في ذلك دافعا الى اصلاحهم لان مهمة الحكم هي الاصلاح لا الانتقام.

فاسلوب اللينة والتسامح كان من الصفات البارزة التي تحلى بها الرسول العظيم محمد (ﷺ). وبعد عون الله تعالى كان اتباعه لهذه الطريقة الحكيمة من أهم أسباب نجاحه في اداء مهمة الرسالة وكسب النصر على اعدائه في الداخل والخارج، كما نطق بذلك قوله تعالى ﴿فَبِمَا رَحْمَةٍ مِّنَ اللّهِ لِنتَ لَهُمْ وَلَوْ كُنتَ فَظّاً غَلِيظَ الْقَلْبِ لاَنفَضُّواْ مِنْ حَوْلِكَ فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللّهِ إِنَّ اللّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَكِّلِينَ﴾[٣].

وما أعظم هذا المنهاج الرائع الحكيم للاستعانة به في الاصلاح ومكافحة الاجرام.

---

(١) سورة فصلت ٣٤، ٣٥.

(٢) سورة آل عمران ١٥٩.

(٣) سورة آل عمران ١٥٩.

المبحث الثاني

الطرق العلاجية العقابية

الاسلام لم يهمل العلاج العقابي بل أمر به مع المحاولات الوقائية والاصلاحية في اصلاح المسيئين ومكافحة جرائم المجرمين.

والقرآن الكريم وان كان هو الدستور الاول في العالم اقر قاعدة ((لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على نص او قانون))[١] في قوله تعالى ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً﴾[٢]. الا ان وظيفة الدستور هي وضع المنهج العام المبني على الاسس والقواعد العامة دون الدخول في التفصيلات والجزئيات. وبناء على ذلك اتبع في تجريم الافعال وتحديد العقاب لها الاسلوب الاتي:

أ- قسم الجرائم الى قسمين رئيسين[٣]: (جرائم الحدود وجرائم التعازير):

بفنص على تجريم بعض الافعال وحدد عقوباتها لخطورتها ومسها المباشر لحياة الفرد والمجتمع كجريمة القتل، والسرقة، وقطع الطريق، والردة، والزنى، وتعاطي المسكرات. وسميت هذه الافعال في عرف فقهاء المسلمين بجرائم الحدود لتحديد التجريم والعقاب فيها بالنص.

غير ان جريمة القتل والاعتداء على سلامة حياة الانسان افردت بتسمية خاصة (جريمة القصاص والدية) لان عقابها قابل للتعديل فللمجنى عليه او ورثته حق العفو، والعدول الى التعويض، (الدية)، او المطالبة بتنفيذ القصاص. كما صرح بذلك القرآن الكريم ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَاناً﴾[٤].

اما جرائم التعازير فهي التي لم تحدد بالنص ولا من قبل أهل الشورى وهي عبارة عن الانواع الثلاثة التالية:

---

(١) ينظر فقرة (ب) م٢١ من الدستور العراقي المؤقت.

(٢) سورة الاسراء ١٥.

(٣) وهي تفصيلا ثلاثة اقسام: جرائم الحدود، وجرائم القصاص والدية، وجرائم التعازير.

(٤) سورة الاسراء ٣٣.

١- كل جريمة من جرائم الحدود تخلف شرط من شروط ثبوتها او تنفيذ عقوبتها تتحول الى جريمة تعزيرية لا تطبق عقوبتها المحددة، وانما يترك ذلك لتقدير ولي الامر، كجريمة الزنى اذا لم تثبت باربعة شهود، او باقرار المجرم.

٢- كل جريمة نص عليها القرآن الكريم ولكن ترك عقوبتها لولي الامر واهل الحل والعقد، كجريمة التجسس، وخيانة الامانة، واكل الربا، والغصب، وشهادة الزور، والرشوة.

٣- كل فعل يضر بالمصلحة العامة حسب الموازين الشرعية يجوز لولي الامر المسلم ان يعتبره جريمة يحدد له عقوبة بعد مشاورة اهل العلم والشورى.

ب- العقوبات المقررة بالنص لاصلاح المجرم ومكافحة الاجرام هي: الاعدام، والقطع، والجلد، والنفي، والحرمان من الميراث، والكفارة المالية (الغرامة المالية) والدية كما في الايضاح الاتي:

اولا: الاعدام:

لم يرد في القرآن الكريم ولا في سنة الرسول (ﷺ) نص على اللجوء الى هذا العقاب الا بالنسبة لثلاث جرائم فقط وهي:

١- جريمة القتل العمد العدوان اذا لم يتنازل ورثة المجنى عليه عن عقوبة القصاص.

٢- جريمة الردة: اذا ارتد المسلم او المسلمة عن دين الاسلام ولم يرجع اليه بعد استتابته وأستمر على عداء والاسلام بالعمل او القلم او اللسان يقتل لقول الرسول (ﷺ) (من بدل دينه فاقتلوه).

٣- جريمة الزنى: من امرأة متزوجة او من رجل متزوج بعد ثبوت الجريمة باربعة شهود او باقرار المجرم بارادته واختياره والسبب الثاني والثالث لايوجد ان في القران وانما ثبتا بفعل الرسول وقضائه ونرى ان قضاءه بالرجم نسخ باية ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾[1].

---

[1] سورة النور ٢.

وكذلك لايوجد قتل المرتد لمجرد ارتداده لقوله تعالى ﴿وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ﴾[1].

وقد اكد ذلك الرسول (ﷺ) في قوله (لا يحل دم امرئ مسلم يشهد لا الـه الا الله، وانـي رسول الله الا باحدى ثـلاث: الثيـب الزانـي، والـنفس بـالنفس، والتـارك لدينـه المفـارق للجماعة)[2]، [3].

ثانيا- القطع:

اقر القرآن الكريم قطع اليد فقط في السرقة الصغرى، وقطع اليد مع الرجـل في السـرقة الكبرى.

أ- **السرقة الصغرى**: اذا ارتكب بالغ عاقل غير مضطر جريمة السرقة ولم يسـتخدم القـوة حين الارتكاب وتـوافرت جميـع شـروطها واركانهـا المبينـة مفصـلا في كتـب الفقـه الاسلامي: يحكم عليه بعقوبة قطع يده وينفذ القطع القادر عليه العارف به من أهـل الإختصـاص الطبي حتى لا تحدث للمجنى عليه مضاعفات مؤذية به مثل نزيف الدم. وذلك تطبيقا لقوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾[4].

ب- **السرقة الكبرى**: وهي سرقة مقترنة بالتهديد والتخويف واستخدام القوة في ظـرف لا يستطيع المجنى عليه فيه ان يتصل بمن ينقذه وتسمى هذه السرقة بـ (قطع الطريق) حيث يعتبر ذلك ظرفا مشددا للعقوبة فـاذا ثبتـت هـذه الجريمـة وظروفهـا المشـددة، وتحققت اركانها وشروطها يحكم على المجرم بقطـع اليـد اليمنـى والرجـل اليسـرى، وينفذ العقاب بعد تصديق الحكم من رئيس الدولة واتخاذ مسـتلزمات منـع النزيـف وحدوث المضاعفات.

وذلك وفقا لقوله تعالى ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّـهَ وَرَسُـولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِـي الْـأَرْضِ

---

[1] سورة البقرة ٢١٧.

[2] سبل السلام شرح بلوغ المرام في جمع ادلة الاحكام للحافظ ابن حجر العسقلاني تأليف الامام محمد بن اسماعيل الصنعاني ٣٣١/٣.

[3] وقد ألفنا كتابين أحدهما (لا رجم في القرآن) والثاني (لا قتل للمرتد غير المفسد في القرآن).

[4] سورة المائدة ٣٨.

فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ﴾[١].

وجدير بالذكر أن هذه العقوبة لم تُطبق في الإسلام إلا مرة واحدة.

ثالثا- الجلد:

قرر القرآن الكريم عقوبة الجلد للجرائم الاتية:

أ- جريمة الزنا من رجل غير متزوج ومن امرأة غير متزوجة اذا ثبتت الجريمة باربعة شهود او باقرار المجرم. وذلك طبقا لقوله تعالى ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾[٢].

وقد اثبتنا في كتابنا (لا رجم في القرآن) أن العقوبة مائة جلدة فقط سواء كان الزاني والزانية متزوجين أو غير متزوجين.

جريمة القذف: كل انسان بالغ عاقل مختار اتهم امرأة محصنة (شريفة) او رجلا محصنا (شريفا) بالزنا ولم يستطع ان يثبت ذلك باربعة شهود اوباقرار المجرم يعاقب بثمانين جلدة كما نص على ذلك قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ[٣] ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾[٤].

ج- جريمة تعاطي المسكرات: كل انسان بالغ عاقل مختار إذا تعاطى نوعا من انواع المسكرات ايا كان نوعه ومصدره سواء أكان سرا ام علنا، وثبت ذلك بالبينة او اقرار المجرم يجب ان يعاقب بثمانين جلدة، وفقا للسنة النبوية وعملا باجماع فقهاء المسلمين.

---

[١] سورة المائدة ٣٣.

[٢] سورة النور ٢.

[٣] اي والمحصنين

[٤] سورة النور ٤..

رابعا: النفي ثبتت عقوبة النفي بالنص في حالتين:

أ- في حالة قطع الطريق اذا القي القبض على قاطع الطريق وهو لم يقتل احدا ولم يأخذ مال احد وانما قام بمجرد عملية التخويف يكون عقابه النفي فقط كما نص على ذلك قوله تعالى ﴿أَوْ يُنفَوْاْ مِنَ الأَرْضِ﴾[1] فقد فسر بعض الفقهاء النفي بالحبس.

ب- في حالة الزنا بعد تنفيذ العقاب (مائة جلدة) على ولي الامر ان يغرب الزاني والزانية لمدة عام واحد إذا رأى في ذلك مصلحة ولم يترتب عليه فساد بناء على ما قضى به الرسول (ﷺ) حين اتاه رجل من الاعراب قال يا رسول الله: (ان ابني كان عسيفا)[2] على هذا[3] فزنى بأمرأته وانى اخبرت ان على ابنى الرجم فافتديت منه بمائة شاة ووليدة[4] فسألت اهل العلم فاخبروني انما على ابني جلد مائة وتغريب عام وان على امرأة هذا الرجم فقال رسول الله (ﷺ):

والذي نفسي بيده لاقضين بينكما بكتاب الله، الوليدة والغنم، رد عليكم وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام)[5].

وقال بعض الفقهاء كالإمام مالك (رحمه الله) النفي يكون للزاني فقط دون الزانية ذلك حذرا من الفتنة والفساد[6].

وقال الحنفية النفي عقوبة تعزيرية وليس جزءا من العقوبة الحدية يترك الامر لتقدير ولي الامر[7].

---

(1) سورة المائدة ٣٣، ٣٤، وهذا جزء من الايتين الواردتين بصدد بيان عقوبات قطاع الطرق.

(2) اي اجيرا.

(3) اشارة الى المستأجر.

(4) اي جاريته.

(5) العدة للعلامة محمد بن اسماعيل الامير الصنعاني على احكام الحكام شرح عمدة الاحكام، للعلامة ابن دقيق العيد المطبعة السلفية ٤/٣٤٠، ٣٤١.

(6) ينظر الشرح الصغير للدردير مع الصاوي ٢/٢٩٣.

(7) شرح فتح القدير ٥/٢٤٢.

خامسا- الحرمان من الميراث:

اذا قتل الوارث موروثه يحرم من الميراث كعقوبة تبعية وذلك لان المجرم لا يجوز ان ينتفع بجريمته، ولان فيه سد الباب بوجه ذوي النفوس المريضة من اللجوء الى ارتكاب هذه الجريمة طمعا في الحصول على التركة اذ من علم مقدما ان القتل مانع من الميراث وانه يحرمه منه لا يقدم عليه مالم تكن هناك اسباب اخرى.

وهذا الحكم ثابت بقول الرسول (ﷺ) (لا يرث القاتل).

سادسا: الكفارة:

ما يغطى به الاثم من مال او صيام اي عقوبة مالية اوبدنية فرضها الاسلام على الانسان البالغ العاقل عند ارتكاب بعض الذنوب منها:

أ-القتل خطأ: قال سبحانه وتعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أن يَقْتُلَ مُؤْمِناً إلاَّ خَطَئاً وَمَن قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَئاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾[1] ففي هذا النص قرر القرآن الكريم عقوبة مالية بالاضافة الى الدية- هي شراء انسان مستعبد ان وجد ثم تحريره من العبودية - فهذه طريقة من مئات الطرق التي شرعها الاسلام للقضاء على نظام الرق.

ب- الظهار: من ظاهر زوجته يجب عليه ايضا تحرير مستعبد فان لم يجد فصيام شهرين وان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا يقول سبحانه وتعالى: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أن يَتَمَاسَّا ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا﴾[2].

ج- الحنث في اليمين: من التزم باليمين ثم خالف تجب عليه كفارة حددها القرآن باطعام عشرة مساكين او كسوتهم، او تحرير رقبة او صيام ثلاثة ايام في قوله تعالى ﴿لاَ يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَن لَّمْ

---

(١) سورة النساء ٩٢.

(٢) سورة المجادلة ٣، ٤.

يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلاَثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾[١] فهـو يخير بـين واحـد مـن الثلاثة الاول فان لم يتمكن من ذلك فعليه صيام ثلاثة ايام.

سابعا: الدية:

وهي عبارة عن مال يؤدى الى المجنى عليه او ورثته بسبب جناية مـن اتلـف انسـانا او جزءا منه مباشرة او تسببا[٢].

وتجب الدية على عاقلة القاتل (عشيرته او النقابة او المؤسسة التي ينتمي اليها) اذا كان القتل خطأ ولم يثبت باقراره والا تجب في ماله.

طبيعة الدية: الديـة ذات طبيعـة ازدواجيـة فيهـا صـفات ومميـزات كـل مـن العقـاب والتعويض:

أ-لها صفات العقوبة من الأوجه الآتية:

١- لا يتوقف الحكم بها على طلب المجنى عليه.

٢- عند التنازل عنها تحل محلها عقوبة تعزيرية.

٣- مقدرة من قبل الشارع.

٤- لا يختلف مقدارها باختلاف الاشخاص.

ب- لها ميزات التعويض من النواحي التالية:

١- مال خالص للمجنى عليه او ورثته.

٢- يجوز للمجنى عليه لو ورثته التنازل عنها.

٣- ورد النص على رفع الاثم عن الخطأ.

٤- لو كانت عقوبة لما وجبت على العاقلة لقوله تعالى ﴿وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾[٣].

اذاً الدية يصح ان يقال في حقها انها عقوبة وتعويض في وقت واحد.

رب زدني علما والحقني بالصالحين

---

[١] سورة المائدة ٨٩.

[٢] انظر كشف القناع على متن الاقناع ٤/٢.

[٣] سورة الفاطر، ١٨.

تفنيد مزاعم تأثر الفقه الإسلامي وقواعده بالفقه الغربي

أحاول في استعراض هذا الموضوع تفنيد المزاعم الذاهبة إلى تأثر الفقه الإسلامي وقواعده بالفقه الغربي وقواعده وبوجه خاص القانون الروماني.

زعم المستشرقون[1] وبعض رجال القانون في العالم العربي والإسلامي أن الفقه الإسلامي تأثر بالفقه الغربي وبوجه خص القانون الروماني، فأخذ منه كثيرا من الآراء وبوجه خاص القواعد الفقهية التي أخذت على حد زعمهم من مُدونة (جُستنيان)،[2] وهذه التهمة لا أساس لها بل هي من نسيج الزعم الساقط لهؤلاء للأدلة الآتية:[3]

أولاً/ لم يكن بين فقهاء الشريعة الإسلامية حين تأسيسهم لمذاهبهم وتدوينها من يعرف اللغة الفرنسية أو الألمانية أو الإنجليزية أو الرومانية، حتى يتأثر في آرائه بآراء فقهاء

---

[1] منهم جولد تسيهر (١٨٥٠-١٩٢١م) وهو مستشرق مجري تعلم في بودابست وبرلين ولبزج وذهب إلى سوريا ١٨٧٣م، ثم إلى فلسطين ومصر ولازم بعض علماء الأزهر، وله مؤلفات في الفقه الإسلامي بلغات مختلفة، وهو القائل إن الفقه الإسلامي مقتبس من القانون الروماني، كما جاء في (الزركلي الإعلام ١/٨٠)، ولأجل أن يوثق زعمه هذا، أخذ يستعرض أوجه الشبه بين الفقه الإسلامي والقانون الروماني، وهو يجهل أو يتجاهل أن هذا الشبه ناتج عن الشبه بين العقول من حيث الإنتاج العلمي.

[2] الامبراطور جستينيان الأول (فلافيوس بتروس ساباتيوس يوستيانوس(٤٨٣-٥٦٥) كان إمبراطوراً رومانياً شرقياً (بيزنطياً) حكم منذ أغسطس عام ٥٢٧ حتى وفاته في نوفمبر ٥٦٥. يشتهر بإصلاحه الرمز القانوني المسمى قانون جستينيان خلال لجنة تريبونيان، والتوسع العسكري للأرض الإمبراطورية أثناء عهده، وزواجه وشراكته مع الإمبراطورة ثيودورا. يعرف أيضاً باسم "الإمبراطور الروماني الأخير". يعتبر قديساً في الكنيسة الأرثذوكسية، ويحيى في الرابع عشر من نوفمبر. وقد تولي الحكم بعد وفاة عمه الامبراطور جستن الأول.

قانون جيستنيان الأول، هو عبارة عن مجموعة من القوانين التي كانت تتبعها العديد من الأمم المختلفة والتي أمر الإمبراطور البيزنطي جستنيان الأول (٥٢٧م حتى عام ٥٦٥م) بعض من رجال الدين المسيحي في مملكته بانتقاء مجموعة من القوانين الرومانية. وعرفت هذه المجموعة باسم كوربس جوريس سيفيلز، وتعني مجموعة القوانين المدنية كما أطلق عليها أيضًا قانون جستنيان.

المصدر: (مدونة جنستنيان) ويكيبيديا- الموسوعة الحرة- الأنترنت.

[3] لمزيد من التفصيل في هذا الموضوع يراجع كتاب أصالة الفقه الإسلامي، دراسة في العلاقة بين الفقه الإسلامي والقوانين القديمة وأصالة المبادئ والنظم في الفقه الإسلامي، تأليف: الأستاذ الدكتور عصمت عبدالمجيد بكر، نشر دار الكتب العلمية، ص ١٢٧ وما يليها.

القانون الغربي، بل كان فقهاء الشريعة الإسلامية بمعزل عن العالم الخارجي، بل حتى بالنسبة إلى بلادهم، فكان لكل واحد منهم مدرسة خاصة يتولى التدريس والإجتهاد فيها ويقوم بالتفكير والتحليل والتعليل والإنتاج الفقهي وهو بمعزل عن العالمين الداخلي والخارجي، مستلهما فقهه وآراءه من القرآن الكريم والسنة النبوية وآراء سلفه من الخلفاء الراشدين وسائر الصحابة والتابعين رضوان الله تعالى عليهم أجمعين.

ثانيا/ وبعكس التهم المذكورة كان هناك مجال واسع لتأثر القوانين الغربية بالفقه الإسلامي، ومرد هذا المجال الى وصول الفقه الإسلامي إلى العالم الغربي بعد تدوينه واستقراره، وذلك عن طريق مدخلين:

المدخل الأول: الفتح الإسلامي للأندلس:

حيث دخل الإسلام الأندلس (اسبانيا حاليا) بعد شمال افريقيا عام (٧١١م) الموافق لعام (٩٣هـ)، ثم دخل جنوب فرنسا ووصل إلى بلاد (ليون)، و(نور)، و(بواتيا)، و(فينيون)، وظل الحكم الإسلامي في أندلس إلى سقوط غرناطة عام (١٤٩٢م) الموافق لعام (٩٧٧هـ)، وبذلك استمر التشريع الإسلامي في أوروبا معمولا به أكثر من (٧٠٠) سنة.[١] وكان الفقه المعمول به في الأندلس فقه الإمام الأوزاعي، ثم حلّ محله الفقه المالكي عن طريق زياد بن عبدالرحمن في عهد هشام بن عبدالرحمن عام (١٧١هـ)، فأنتشر هذا المذهب هناك وظل معمولا به طيلة الحكم الإسلامي في اندلس.

ويرى الباحثون في المقارنة بين القانون المدني الفرنسي المعروف بقانون (كودنابليون) الصادر عام (١٨٠٤م) وبين فقه الإمام المالك، وثبت لهم بالأدلة الواقعية والمقارنة، أن الأول تأثر بالثاني أكثر من ٤٠٪.[٢]

---

[١] ينظر المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية ومذهب الإمام مالك، للأستاذ عبدالله علي حسين ٢٩/١ وما يليها.

[٢] يقول صاحب المقارنات التشريعية ٣٨/١ أن القانون المدني الفرنسي مأخوذ جُلّه من مذهب الإمام مالك.

المدخل الثاني: قيام الصلة والعلاقات بين الدولة الإسلامية العثمانية وبعض الدول الأوروبية:

وقد قامت هذه العلاقات بعد تأسيس الدولة العثمانية ودخول السلطان محمد الفاتح الأستانة عام (١٤٥٣م) وبعد أن توسعت فتوحات هذه الدولة توسعا كبيرا وأصبحت مسيطرة على أقطار شاسعة في آسيا وشمال افريقيا وأوروبا، تأثرت التشريعات اللاتينية والجرمانية بفقه أبي حنيفة (رحمه الله) الذي كان مذهبا رسميا للدولة العثمانية.[١]
ومن نماذج تأثر القوانين الغربية بالفقه الإسلامي ما يلي:

اولا/ تأثر القانون الفرنسي بالفقه المالكي :

أ- **العقد الرضائي وأحكامه**: العقد الرضائي هو الذي ينعقد بمجرد الإيجاب والقبول الصادرين ممن هم أهل للتعاقد دون الرعاية الشكلية التي كانت سائدة في القانون الروماني وتأثر بها القانون الفرنسي أولا ثم القوانين العربية المتأثرة بالقانون الفرنسي. وعلى سبيل المثل قد تناولت المواد (١١٠٨-١١٢٢) في القانون المدني الفرنسي في الباب الرابع تحت عنوان (شروط صحة العقد وأحكام العقد الرضائي)، في هذا القانون كما هي في الفقه المالكي.

ب- **أحكام العارية**: التي عالجها القانون المدني الفرنسي متأثرا بالفقه المالكي في المواد (١٨٧٥-١٨٩٤).

ج- تأثر القانون الفرنسي بالفقه المالكي في كثير من أحكام البيع[٢] وعناصره التي تناولها المدني الفرنسي في المواد (١٥٨٢-١٧٠٧).

د- **بيع الوفاء**: وهو بيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري إليه اللمبيع.[٣] وهو في حكم بيع الجائز والنافذ غير اللازم من حيث انتفاع المشتري به، وفي حكم

---

[١] ينظر الأوضاع التشريعية في الدول العربية ماضيها وحاضرها ومستقبلها، للأستاذ الدكتور صبحي المحمصاني ص١٨٥ وما يليها.

[٢] وهناك أحكام كثيرة أخرى التي تأثر فيها القانون الفرنسي بالفقه المالكي لا مجال لإستعراضها.

[٣] مجلة الأحكام العدلية م١١٨/ ٣ وقد نصت المادة (٥٦١) من كتاب مرشد الحيران على أن (بيع الوفاء هو أن يبيع شيئا بكذا أو بدين عليه بشرط أن البائع متى رد الثمن إلى المشتري أو أدّى الدين الذي عليه، يرد له العين المبيعة وفاءا).

البيع الفاسد من حيث كون كل من العاقدين مقتدرا على فسخه، وفي حكم الرهن من حيث أن المشتري لا يقدر على بيعه للغير.

وخلاصة الكلام أنه يُمكن تكييف بيع الوفاء بالعقود المذكورة، ومن البدهي أن هذا العقد من ابداع الفقهاء الحنفية في ما وراء النهر قبل القانون الفرنسي النافذ القائم المعدل، لأن هذا القانون تأسس عام (١٨٠٤م) وقد أخذ بهذا القانون وعالجه في الفصل الأول من الباب الثالث تحت عنوان (الغو البيع وفسخه) وقد تناوله هذا القانون في المواد (١٦٥٩-١٦٧٣).

هـ- **حقوق الإرتفاق (أو الحقوق القسرية)**: وهو حق المرور[١] وحق الشرب[٢] وحق المسيل[٣] وغيرها من حقوق الإرتفاق. وقد أخذ بهذه الحقوق القانون المدني الفرنسي من الفقه الإسلامي وعالجها تحت عنوان (الحقوق القسرية الأرضية) في الكتاب الرابع في المواد (٦٢٧-٧١٠) وقد نصت المادة (٦٢٧) من القانون المدني الفرنسي على أن (الحقوق القسرية هي ترتب حق أرض على أخرى بدون أن يكون المالك واحدا لقصد الإنتفاع بالأرض الأخرى المذكورة). وفي المقارنات التشريعية[٤] تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك، الحقوق القسرية الأرضية هي ترتب حق لأرض على أخرى بدون أن يكون المالك واحداً لقصد الإنتفاع بالأرض الأخرى المذكورة. منشأ استحقاق هذه الحقوق القسرية إمّا أن تكون مسبباً عن موقع الأرض الطبيعي والحاجة الطبيعية إلى ذلك الحق، أو بترتيب القوانين لتلك الحقوق، أو بإتفاق بين أصحاب الملك بعضهم مع بعض. تُجبر الأراضي الواطية على قبول صرف مياه الأراضي العالية الجارية بنفسها بدون فعل فاعل ولا يجوز في حال من الأحوال لمالك الأراضي الواطية أن يعمل سداً أو جسرا يحجز به تسريب هذه المياه ويمنع مرورها بأرضه، كما لا يجوز لمالك الأراضي العالية أن لا يتوقى ما يعود بالمضرة على الأراضي الواطية.[٥]

---

١ وهو حق المشي في ملك الغير (م١٤٢) مجلة الأحكام العدلية.

٢ وهو نصيب معين معلوم من النهر (م١٤٣) المرجع السابق.

٣ وهو حق جريان الماء والمسيل من دار إلى الخارج (م١٤٤) المرجع السابق.

٤ للأستاذ مخلوف محمد البدوي ١٨١/١.

٥ ينظر الأستاذ مخلوف محمد البدوي، تعريب القانون الفرنساوي المدني ١٤٢/١ ومايليها.

وجدير بالذكر أن الأرقام التي ذكرناها بالنسبة للقانون الفرنسي قد تغيرت في الوقت الحاضر بعد اجراء تعديلات متعددة على هذا القانون، ولكن لعدم تمكننا من الحصول على الأرقام المعدلة اكتفينا بإستعراض الأرقام القديمة السابقة، لأن الذي يهمنا في هذا المقام هو بيان تأثر القانون الفرنسي بالفقه الإسلامي. وأما الشكليات فهي رغم أهميتها لا تؤثر في هذا المقام بالنسبة لتأثر المذكور.

ثانيا/ تأثر القانون الألماني بالفقه الإسلامي:

ومن نماذج تأثر القانون الألماني بالفقه الإسلامي عن طريق الخلافة العثمانية تحول العقد الذي عالجه القانون المدني الألماني في المادة (١٤٤).

ومفاد تحول العقد هو أنه إذا كان العقد باطلا وتوفرت فيه أركان وعناصر عقد آخر أو تصرف آخر، تحول إليه ويُعتد بهذا التصرف المتحول إليه، كما نص على ذلك القانون المدني للمصري النافذ في المادة (١٤٠) التي نصّت على أنه إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحا بإعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى ابرام هذا العقد، وهذا النص يقرر في عبارة عامة نظرية تحول العقد. وقال المرحوم العلامة السنهوري[1] أن نظرية تحول العقد هي نظرية ألمانية صاغها الفقهاء الألمان في القرن تاسع عشر، وأخذ بها التقنين المدني الألماني في نص صريح هو المادة (١٤٤) وعلى نهج التقنين المدني الألماني سار التقنين المصري الجديد. وتتلخص النظرية في أن التصرف الباطل قد ينطوي رغم بطلانه على عناصر تصرف آخر، فيتحول التصرف الذي قصد إليه المتعاقدان وهو التصرف الباطل إلى هذا التصرف الآخر، وبذلك يكون التصرف الباطل قد انتج أثراً قانونيا لا كواقعة مادية بل كتصرف قانوني، ولكنه أنتج أثراً عرضيا.

---

١ القانون المدني المصري، مجموعة الأعمال التحضيرية، مطبعة دار الكتاب العربي ١/٢٠. مصادر الحق ٤/١٠٠.

شروط التحول: ويُشترط لتحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر توافر شروط ثلاثة:

أحدها بطلان التصرف الأصلي: فيجب أن يكون التصرف الأصلي إما تصرفا باطلا أو تصرفا قابلا للإبطال. وقد ابطل فعلا، ولا يجوز أن يكون تصرفا صحيحا ولا تصرفا باطلا في شقٍ منه وصحيحا في الشق الآخر.

والثاني ان ينطوي التصرف الأصلي الباطل على عناصر التصرف الآخر الذي يتحول إليه، أي يجب أن يكون هناك تصرف آخر يتحول إليه التصرف الأصلي.

والثالث جواز انصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى التصرف الآخر الذي تحول إليه التصرف الأصلي، أي يكون بحيث إذا علم المتعاقدان بطلان التصرف الذي قاما بإبرامه، انصرفت إرادتهما إلى هذا التصرف المتحول إليه.

وعلى سبيل المثل إذا قدم المدين لدائنه كمبيالة لم تستوفِ الشكل الواجب قانوناً تكون باطلة وتتحول إلى سند دين عاديٍ صحيح، كما نصّت على ذلك المادة (١٠٨) من التقنين التجاري المصري. أما إذا زوّد المدين دائنه قبل هذه الكمبيالة سنداً عادياً، فلا تتحول إليه.

وكذلك تأثر الفقه الغربي وبوجه خاص القانون المدني الألماني بالفقه الحنفي في انصراف آثار التصرف من الحقوق والإلتزامات إلى الموكل إذا أضاف الوكيل التصرف إلى نفسه، وللغير الذي تصرف معه الوكيل أن يرجع إلى الأصيل رغم عدم علمه بأن الوكيل تصرف باسم الأصيل لا باسمه.[١]

وجدير بالذكر أن الفقه الغربي ذهب الى عدم انصراف آثار العقد وبوجه خاص حكمه (التزاماته) إذا أبرم الوكيل التصرف للموكل فيه باسمه.

ويُلاحظ أن ما ظنه العلامة السنهوري في أن فكرة تحول العقد من ابداع الفقهاء الألمان، وقد دونت هذه الفكرة في القانون المدني الألماني المادة (١٤٤) غير مطابق للواقع، وذلك لأن هذه الفكرة هي من ابداع فقهاء الإسلام وانتقلت إلى الفقه الألماني وقانونه عن طريق الإحتكاك بين الدولة العثمانية والدولة الألمانية.

---

١ ينظر تبين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المطبعة الأموية ببولاق، ١٣١٥هـ، ٢٥٦/٤.. النيابة عن الغير في التصرف القانوني، أطروحة دكتورا في القانون، لدكتور جاسم لفته العبودي، التي أشرفت عليها سنة ١٩٩٠، ص ٣٧ وما يليها.

وفي الفقه الإسلامي توجد تطبيقات كثيرة لتحول العقد التي كانت موجودة قبل القانون الألماني بمئات السنين، ومن تلك التطبيقات ما يلي:

١- من أوصى لشخص لا توجد بينه وبين هذا الشخص علاقة القرابة أو الزوجية اللتان هما من أسباب الميراث، بأن يكون وارثا له كأحد ورثته الشرعيين، تبطل هذه الوصية وتنصرف إلى الوصية المطلقة ويعطى للموصى له نصيب أحد الورثة الأقل نصيبا بالنسبة للبقية، كوصية لا كميراث. وعلى سبيل المثل من مات عن أم وابن والموصى له بالميراث، يكون للأم السدس وللموصى له السدس وللإبن الباقي.

٢- الكفالة وهي ضم ذمة إلى ذمة في مطالبة الشيء، أي بأن يضم أحد ذمته إلى ذمة آخر ويلتزم أيضا بالمطالبة التي لزمت في حق ذلك، إذا اشترط فيها أن يكون الكفيل ضامنا للمدين الأصلي رغم امكانية المدين واستعداده للوفاء بالدين، بطلت باعتبارها كفالة وتحولت إلى الحوالة.

٣- الحوالة إذا اشترط فيها عدم براءة ذمة المحيل عن الدين، بأن يكون للمحال الرجوع على المدين المحيل على المحال عليه في وقت واحد إذا امتنع المحال عليه عن الوفاء بالدين أو عجز عن الوفاء تبطل الحوالة وتتحول إلى الكفالة.

٤- الوكالة بعد الموت وصاية، والوصاية في الحياة وكالة، فلو قال أحد لآخر أوصيتك اليوم على بيع سيارتي بكذا، كان وكيلا، ولو قال له أنت وكيلي بعد موتي، كان وصياً.

٥- البيع بنفي الثمن يكون هبةً، والإجارة بنفي الأجرة عارية، والعارية بشرط الأجرة إجارةً.

وهكذا هنالك مئات التطبيقات الموجودة في الفقه الإسلامي، وكانت تُطبق قبل القانون الألماني بمئات السنين.

ثالثا/ تأثر القانون الإنكليزي بالفقه الإسلامي:

لقد تأثر هذا القانون بالفقه الإسلامي في موضوع نظرية الظروف الطارئة حيث لم يعرفها القوانين الغربية والعربية إلا عن طريق الفقه الإسلامي.

وجدير بالذكر أن الصلة وثيقة بين الضرورة ونظرية الظروف الطارئة التي عالجتها الشريعة الإسلامية وتأثرت بها القوانين الغربية والعربية، غير أنه تلك القوانين اشترطت أن يكون الظرف الطارئ عاماً كالحرب والكوارث الطبيعية، لكن الفقه الإسلامي لا يشترط هذا الشرط، بل يجوز تطبيق النظرية ولو كان الظرف الطارئ خاصا بطرف واحد، وأن الظرف الطارئ الخاص بالمدين لا يبرر في القانون فسخ العقد أو تعديل الإلتزام المرهق.

معنى نظرية الظروف الطارئة هو حوادث مادية غير متوقعة وغير قابلة للدفع قبل وقوعها، بحيث تجعل تنفيذ إلتزام المدين الناتج من عقد مستمر التنفيذ مرهقاً ويجوز للقاضي التدخل بعد طلب المدين لتعديل التزامه مرهق التنفيذ إلى حد المعقول يرفع الإرهاق إما بتقليل موضوع الإلتزام كمّا (مقدارا) أو كيفا (نوعا) أو بزيادة نفقات كلفة موضوع الإلتزام.

عناصر نظرية الظروف الطارئة:

عنصر كل شيء ما يتوقف عليه وجوده، فإن كان جزءً منه يكون ركنا، وإلا فيكون شرطا، وعناصرها كما يُفهم من تعريفها هي الآتية:

أولا: أن يكون سبب الإلتزام عقدا، وكل عقد بعد صحته ونفاذه ولزومه لا يحق لأي من طرفيه فسخه بخلاف الفاسد أو الموقوف (غير النافذ) أو غير اللازم، أو القابل للإبطال (وهو مصطلح الفقه الغربي ويشمل الثلاثة المذكورة في الفقه الإسلامي)، فالفاسد للقاضي فسخه والموقوف لمن له حق الإجازة رفضه وغير اللازم بالنسبة للطرفين كعقد الوكالة لكل طرف حق فسخها إذا لم يتعلق بها حق للغير. وغير اللازم بالنسبة لأحد الطرفين كعقد الرهن للدائن المرتهن فسخه بخلاف المدين الراهن، لأنه لازم بالنسبة له، وكعقد الكفالة للمكفول له فسخه دون الكفيل، وكإبطال العقد في العقد القابل للإبطال لمن تقررت قابلية الإبطال لمصلحته، كما يحق للقاضي تعديل عقد الإذعان إذا كانت الشروط فوق الإعتياد، وكذلك له فسخ الشرط الجزائي.

ثانيا: يكون عقدا مستمر التنفيذ بأن يكون الزمن عنصراً جوهريا في تكوينه كالعقد التوريد والإجارة والمقاولة ونحو ذلك، بخلاف العقد فوري التنفيذ كالبيع ولو كان تنفيذه مؤجلا.

ثالثا: أن لا يكون الظرف متوقعا كظرف الحرب والكوارث الطبيعية كالزلزال والبركان والفيضان والحريق ونحو ذلك، فإذا كان متوقعا لا يكون محلاً لتطبيقها.

رابعا: أن يكون الظرف عاما، وإذا كان خاصا كإفلاس المدين وعدم تمكنه من تنفيذ التزامه، يكون محلا لتطبيق النظرية في الفقه الإسلامي، بخلاف القانون والفقه الغربي، فإن الظرف يُشترط أن يكون عاماً كظرف الحرب.

خامسا: أن لا يجعل الظرف تنفيذ الإلتزام مستحيلا كقوة قاهرة، وإلا فينفسخ العقد تلقائيا بحكم القانون، كما في حالة هلاك محل العقد قبل التنفيذ بقوة قاهرة.

آثر النظرية هو تعديل إلتزام للمدين المرهق إما بتنقيص موضوعه كماً وكيفاً أو زيادة مبلغ الكلفة.

أساس النظرية هو الضرورة، الضرورة هي حالة استثنائية تدفع المضطر إلى ارتكاب محظور لدفع خطرها.

ولا يختلف القانون مع الشريعة الإسلامية في أن الصلة وثيقة بين الضرورة ونظرية الظروف الطارئة، إلا أنه كما ذكرنا سابقا يختلف معها في اشتراط كون الظرف الطارئ عاما، وأن الظرف الطارئ الخاص بالمدين لا يبرر لا فسخ العقد ولا تعديل الإلتزام المرهق. ومن الواضح أن شرط عمومية الحادث الإستثنائي يخالف مبدأ العدالة الذي قامت عليه النظرية، كما أن القوانين الوضعية اختلفت في أثر النظرية من فسخ العقد أو تعديل الإلتزام الناشئ عنه.

وقد تأثر القانون الإنكليزي بهذه النظرية عن طريق الصلة بين الدولة العثمانية والدول الأوروبية.

فلسفة النظرية:

ومن الواضح أن فلسفة كل شئ عبارة عن اهدافه وغاياته، وفلسفة نظرية الظروف الطارئة عبارة عن تحقيق العدالة، وقد أخذ القضاء الإنكليزي بمدأ العدالة الذي طبقه على حالات قريبة من الحالات التي تطبق فيها نظرية الظروف الطارئة كالآتي:

أ- إذا كان الشيء المتعاقد عليه قد تلف بعد ابرام العقد.

ب- إذا ثبت أن الطرفين قد تعاقدا بقصد الحفاظ على الشيء كما بدا لهما حين ابرام العقد ثم زالت هذه الحالة.

ج- إذا تأخر التنفيذ بسبب لم يكون متوقعا حين ابرام العقد أو طال أمد التأخير بحيث أدى إلى تبدل طبيعة التنفيذ تبدلا تاما.[١]

ومن القوانين التي تضمنت تنظيم أحكام النظرية بنصوص خاصة، القانون البولوني (م٢٦٩) والإيطالي (م٤٦٧) واليوناني (م٣٨٨) والمصري (م٣٤٧) والسوري (م٣٤٨) والعراقي (م١٤٦) والليبي (م١٤٧) والكويتي (م١٤٦) والأردني (م٢٠٥) واليمني (م٢١٤).

والشريعة الإسلامية بنتْ تصرفات الإنسان في حالات الضرورة على أسس ومبادئ ثابتة في نصوص القرآن والسنة النبوية، وهي لا تختلف باختلاف الأشخاص ولا تتغير بتغير الزمان والمكان، ومن هذه الأسس:

١- (لا ضرر ولا ضرار) أي لا يجوز الحاق أي ضرر مادي أو معنوي، مالي أو جسمي بالغير بدون حق، و(لا ضرار) أي لا تجوز مقابلة الضرر بالضرر في المسائل المدنية، بخلاف جرائم القصاص، فإنها تجوز فيها المقابلة بالمثل كما جاء في القرآن الكريم ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنفَ بِالأَنفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾[٢].

٢- (الضرر يُزال).

٣- (الضرورات تبيح المحظورات).

٤- (الإضطرار لا يبطل حق الغير).

٥- (الضرر يُدفع بقدر الإمكان).

٦- (الضرورات تُقدر بقدرها).

٧- (الضرر الأشد يُزال بالضرر الأخف).

٨- (إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا لإرتكاب أخفها).

ومن الواضح أن سبب الإلتزام إذا زال يزول الإلتزام نفسه، فعندئذ لا يبقى مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة.

---

١ الدكتور عبدالسلام ترمانيني، نظرية الظروف الطارئة، ص٣٣

٢ سورة المائدة / ٤٥

وفي الختام أدعو أساتذة الشريعة والقانون إلى القيام بالمقارنات بين الفقه الإسلامي والقوانين الغربية والعربية خدمةً لهذه الشريعة وللقانون الإسلامي من جهة، ولإبراز مكانة الشريعة الإسلامية من جهة أخرى، لأن فقهاء الإسلام والمجتهدين في الشريعة الإسلامية تركوا لنا ثروة فقهية عظيمة لو أستثمرت بعقلية ناضجة غير متعصبة لمذهب معين وغير مقتنعة ببعض الأمثلة البالية كالتعامل بنظام العبيد والجواري، لأصبح الفقه الإسلامي دون التقيد بمذهب معين مصدرا خصبا، لا للقوانين العربية فحسب، بل للقوانين دول العالم بأسرها.

القانون الأصلح للمتهم
في ضوء المتى الفلسفي

(١)

المقدمة

التعريف بالمتى:

المتى في اللغة ورد بعدة معان منها:

المد والضرب: يقال متى الشيء أي مده، ومنها الضرب، يُقال متاه بالعصى أي ضربه بها.

وفي الاصطلاح النحوي (متى) أداة استفهام عن وقوع شيء في الزمان، يقال: (متى تبدأ العطلة الصيفية؟)، وقد يكون اسم شرط يجزم فعلين إذا دخل عليهما، على أساس أن أحدهما شرط والآخر جواب، كما يُقال: (متى يستوعب الطالب موضوع دراسته، ينجح في الامتحان).

وفي الاصطلاح الأصولي يُستعمل لعموم الزمان مع (ما) وبدونها، كأن يقول أحد المتعاقدين للآخر (متى ما تُنفِذ التزامك أنفذ التزامي). أو (متى تسلمني الثمن اسلمك المبيع).

وفي الاصطلاح الفلسفي: هيئة تعرض للشيء بسبب حصوله في زمان معين.

اقسام المتى:

تسّمه الفلاسفة إلى قسمين: حقيقي وغير حقيقي.

١- المتى الحقيقي: هو الذي يستغرق العمل الذي يؤدى فيه ولا يسع غيره من مثله، كشهر رمضان بالنسبة للصيام فيه، فهو لا يسع صوماً غيره، وكالوقت المحدد للمحاضرة في الكليات.

وفي اصطلاح الفقه الإسلامي يُسمى الوقت المضيق كوقت الحج، فلا يسع إلا حجاً واحداً.

٢- المتى غير الحقيقي: وهو حصول فعل في زمان يسعه ويسع غيره مـن مثلـه، كأوقـات الدوام الرسمي في دوائر الدولـة والمؤسسـات ذات النفـع العـام، وعلـى سـبيل المثـل الأستاذ الجامعي مُكلف بالقاء محاضراته في ساعات محددة لها، وهو في نفـس الوقـت يستطيع أن يُلقي محاضرات إضافية أثناء الدوام الرسمي، ويُسمى في الاصطلاح الفقهي (الوقت الموسّع).

الزمان:

وللزمان معان متعددة في علم الفلسفة منها:

أ- الوقت: كثيرا أو قليلا، وهو المدة الواقعة بين حادثتين، إحداهما سابقة والأخرى لاحقة.

ب- الزمن: في أساطير اليونانيين هو الإله الذي يُنضج الأشياء، ويوصلها إلى نهايتها.

ج- قال بعض الفلاسفة كأرسطو: الزمان حركة الفلك، كدوران الأرض حول نفسها.

د- وقال المتكلمون من الفلاسفة: الزمان اعتباري موهوم أو أنه متجدد معلوم، يُقدر به متجدد آخر.

هـ - ويرى بعض الفلاسفة أن الزمان ماضٍ ومستقبل، وأما الحاضر فهـو لـيس بـزمن، وإنما هو آن موهوم بين الماضي والمستقبل.

الفرق بين الزمان والدهر والسرمد:

الزمان: نسبة المتغير إلى المتغير، كنسبة حرارة الجو وبرودته واعتداله للفصول الأربعة في السنة.

الدهر: نسبة الثابت للمتغير، كنسبة حركة الأرض إلى الليل والنهار.

السرمد: نسبة الثابت للثابت، كنسبة الوجود لذات الله وصفاته.

نطاق تطبيق النصوص الجزائية على أساس المتى الفلسفي:

يُبنى على هذا الأساس الفلسفي مبدأ عدم رجعية النصـوص الجزائيـة، ومنطـوق هـذا المبدأ هو أنه: (يسري على جرائم القانونُ النافذ وقت ارتكابها)، أي الوقت الذي تمت فيـه أفعال تنفيذها، بغض النظر عن وقت تحقق نتائجها.

ويقوم على هذا المبدأ (مبدأ عدم الرجعية)، ومبدأ الشـرعية (لا جريـمة ولا عقوبـة إلا

بنص)، والركن الشرعي العام للجريمة،[1] لأن هذا الركن لا يفترض وجود النص التجريمي فحسب، فإنما يتطلب فوق ذلك أن يكون هذا النص ساريا على الفعل المُكون للجريمة وقت ارتكابها. فليس لنص التجريم السلطان المطلق بالنسبة للماضي والحاضر والمستقبل، بل يتحدد سلطانه بزمن نفاذه.

فكل نص تجريم يصدر بناءً على قانون تبدأ فترته الزمنية من تأريخ صيرورته نافذاً، طبقا للأوضاع الدستورية والقانونية، وتنتهي بإلغائه صراحةً أو ضمناً. ويُستمد هذا المبدأ من مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، ويستلزم تطبيقه التأكد من أمرين:

أحدهما معرفة الوقت الذي أصبح فيه نص التجريم نافذاً.

والثاني هو بقاؤه سارياً لوقت ارتكاب الفعل المكون للجريمة.

---

[1] الأركان العامة المشتركة بين جميع الجرائم ثلاثة: الشرعي، والمادي، والمعنوي.

١) الركن الشرعي: هو الصفة غير المشروعة للفعل، ويكتسبها إذا توافر له أمران:

الأول: خضوعه لنص تجريم يُقرر فيه القانون عقابا لمن يرتكبه.

الثاني: عدم خضوعه لسبب من أسباب الإباحة. إذ أن انتفاء أسباب الإباحة شرط ليظل الفعل محتفظا بالصفة غير المشروعة التي أكسبها له نص التجريم.

٢) الركن المادي: هو ماديات الجريمة، أي المظهر الذي تبرز به إلى العالم الخارجي. ويقوم الركن المادي عادة على ثلاثة عناصر: الفعل والنتيجة وعلاقة السببية.

فالفعل هو النشاط الإيجابي أو الموقف السلبي الذي يُنسب إلى الجاني.

والنتيجة هي أثره الخارجي الذي يتمثل فيه الاعتداء على حق يحميه القانون.

وعلاقة السببية هي الرابطة التي تصل ما بين السبب والنتيجة، وتثبت أن حدوث النتيجة يرجع إلى ارتكاب الفعل.

٣) الركن المعنوي: هو الإرادة التي يقترن بها الفعل، سواء اتخذت صورة القصد الجنائي، وحينئذ توصف الجريمة بأنها عمدية، أو اتخذت صورة الخطأ غير العمدي، وعندئذ توصف الجريمة بأنها غير عمدية.

وهذه الأركان عامة مشتركة يجب أن تتوافر في كل جريمة، فإذا انتفى أحدها فلا وجود للجريمة.

ولكن في نفس الوقت لكل جريمة محددة أركان خاصة بها تميزها من غيرها من الجرائم. وعلى سبيل المثل الأركان الخاصة للقتل العمد هي:

١- كون المجنى عليه حياً وقت الجريمة.

٢- فعل الاعتداء على الحياة التي تترتب عليه الوفاة.

٣- القصد الجنائي التي يتطلب نية إزهاق الروح.

يُنظر الدكتور محمود نجيب حسني، الموجز في شرح قانون العقوبات القسم العام، ط١٩٦٧، ص٢٤

ومعرفة نفاذ القانون لا صعوبة فيها، لأن وقته تُحدده القواعد الدستورية أو القانونية المتعلقة بالتشريع.

وكذا وقت ارتكاب الجريمة أمر مُيسّر إذا تحققت النتيجة بعد اقتراف الفعل الجرمي مباشرة، كما في أكثر الجرائم الوقتية، مثل جريمة القتل بالطلقة النارية، وجريمة السرقة ونحوها. وإنما الصعوبة في حالات تأخر النتيجة عن الفعل الجرمي، بأن يصدر قانون بعد ارتكاب الفعل الجرمي وقبل تحقق النتيجة، بحيث يختلف حكمه عن القانون السابق الذي تمت الجريمة في ظله، لذا نصت قوانين العقوبات في العالم على أن العبرة بوقت تمام الأفعال الجرمية، لا بوقت تحقق نتائجها، كما في (م٢/١) من قانون العقوبات العراقي النافذ التي تنص على أنه (يسري على الجرائم القانون النافذ وقت ارتكابها، ويرجع في تحديد وقت ارتكاب الجريمة إلى الوقت الذي تمت فيه أفعال تنفيذها دون النظر إلى وقت تحقق نتيجتها).

وبناءً على ذلك تكون العبرة بصدور القانون النافذ لا بالعمل به، وتوافقه (م٥/١) من قانون عقوبات المصري النافذ على أنه (يُعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها). و(م٥/٢): (ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الفصل فيه نهائيا، قانون أصلح للمتهم فهو الذي يُتبع دون غيره).

والفرق واضح بين (العمل بالقانون) و(صدور القانون). فالقانون الأصلح للمتهم من سابقه يُعمل به من تأريخ صدوره، دون انتظار حلول الأجل المعلق عليه تنفيذه ودون انتظار نشره، لأن الأصل أن يكون نافذا بمجرد إصداره.

ويطابقه قانون الإجراءات الجنائية المصري.[1]

---

[1] الدكتور محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات المصري، القسم العام، ص١٠٦.

(٢)

تقييد مبدأ عدم رجعية النصوص الجزائية

هذا المبدأ ليس مطلقا، بل ترد عليه قيود، منها ما يتعلق بنوع النص، ومنها ما يُعتبر استثناءً من المبدأ ذاته.

اولا/ ما يتعلق بنوع النص:

يرد على المبدأ قيدان:

أحدهما: اقتصاره على النصوص الموضوعية.

والثاني: عدم شمول مبدأ عدم الرجعية للنصوص التفصيلية كما يلي:

أ- اقتصار مبدأ عدم الرجعية على النصوص الموضوعية:

أي النصوص المُبَيِّنة لأركان الجريمة وشروطها. وعلى سبيل المثل النص الذي يُجرّم السرقة[1] يتضمن شروطاً معينة يجب توفرها حتى يُعتبر الفعل سرقة، ككون المال منقولاً ومملوكا للغير.

أما النصوص المتعلقة بالإجراءات، التي مكانها أصول المحاكمات الجزائية[2] وقانون المرافعات المدنية، كتحريك الدعوى والإخبار عن الجريمة والطعن في القرارات القضائية، فهي تسري من وقت نفاذها، وقد درج التشريع في أن يكون مكان نصوص الجزائية الموضوعية التي تخضع لمبدأ عدم الرجعية، هو قانون العقوبات والقوانين المكملة له.

---

[1] المواد (٤٣٩-٤٥٠) من قانون العقوبات العراقي النافذ.

[2] مصطلح عراقي، وقانون الإجراءات الجنائية في الاصطلاح المصري.

ب- عدم شمول المبدأ للنصوص التفصيلية:

وهي نصوص لا تُجرم أفعالا لم يُجرمها القانون السابق ولا تُضيف أحكاما جديدة، وإنما يُقصد من تشريعها توضيح أحكام قائمة لم تكن واضحة، مما أدى إلى الاختلاف في تفسيرها، فهي لها حكم مفَسِّرها، فإذا تضمنت أحكاما جديدة أو عدلت حكما قائما، فإنها يسري عليها مبدأ عدم الرجعية، وبالتالي على المحكمة الجزائية الامتناع عن تطبيقها على أفعال سابقة.

ثانيا/ الاستثناء من مبدا عدم الرجعية ذاته:

يُستثنى من المبدأ المذكور النصوص التي تكون هي الأصلح للمتهم، فإذا صدر قانون أو أكثر بعد ارتكاب الجريمة، وقبل أن يصبح الحكم الصادر فيها نهائيا، يُطبق القانون الأصلح للمتهم.

وفلسفة الاستثناء (الأصلح للمتهم)، هي أن سلطة المجتمع في توقيع العقاب محددة بحدود فكرتي الضرورة الاجتماعية والفائدة الاجتماعية، فإن لم يكن للعقوبة ضرورة ولا فائدة، فلا مبرر لتوقيعها. وإذا ألغى القانون الجديد العقوبة أو خفف منها، يكون ذلك اعترافا من المشرع بعدم جدواها، فلا تبقى علة توقيعها على أساس أن الحكم يدور مع علته وجودا وعدما.

(٢)

متى يكون القانون الجديد أصلح للمتهم؟

بالإمكان معرفة الأصلح من الطرق الآتية:

أولا- على القاضي المقارنة بين القانونين القديم والجديد بالنسبة إلى متهم معين بالذات، مع رعاية ظروفه الخاصة، لا بالنسبة إلى مجموعة من المتهمين تتفاوت ظروفهم.

وتحديد الأصلح هو تطبيق لقواعد قانونية تُحدد سلطان النص الجنائي من حيث الزمان (المتني الفلسفي).

وتكييف الجديد بأنه أصلح للمتهم وظيفة القاضي، ولا شأن للمتهم به، فلا يجوز للقاضي أن يترك الخيار للمتهم ليحدد له الأصلح من القانونين.

وعلى سبيل المثل: الغرامة أخف من الحبس دائما، لذا يحكم القاضي بأنها أصلح، ولو كان المتهم يرى خلاف ذلك.

ثانياً- على القاضي أن يستشهد بضوابط ومعايير معينة يحدد بها القانون الأصلح للمتهم.

ويكون الجديد أصلح في ضوء المعايير الآتية:

١- إذا أباح الجديد الفعل بعد أن جرّمه القديم.

٢- إذا خفف الجديد العقوبة.

ومن الواضح أن عقوبة الجنحة[١] أخف من عقوبة الجناية[٢]، وعقوبة المخالفة[٣] أخف

---

[١] الجنحة هي الجريمة المعاقب عليها بإحدى العقوبتين التاليتين:

١- الحبس الشديد أو البسيط أكثر من ثلاثة اشهر إلى خمس سنوات.

٢- الغرامة. (م٢٦) قانون العقوبات العراقي النافذ.

[٢] الجناية هي الجريمة المعاقب عليها بإحدى العقوبات التالية:

١- الإعدام ٢- السجن المؤبد.

٣- السجن أكثر من خمس سنوات إلى خمس عشر سنة. (م٢٥) (ق.ع.ع)

[٣] المخالفة هي الجريمة المعاقب عليها بإحدى العقوبتين التاليتين:

١- الحبس البسيط لمدة أربع وعشرين ساعة إلى ثلاثة اشهر.

٢- الغرامة التي لا يزيد مقدارها على ثلاثين دينارا. (م٢٧) (ق.ع.ع)

من عقوبة الجنحة، والحبس أخف من السجن[1]، والغرامة أخف من الحبس.

وجدير بالذكر أن الجديد إذا أدخل تعديلا في العقوبة ولم يكن ذلك من الأشد إلى الأخف، لا يُعتبر الجديد أصلح للمتهم.

٣- إذا أقرّ الجديد مانعا جديداً من موانع المسؤولية الجنائية، بأن يرفع سن بدء المسؤولية الجزائية، كما رفع قانون رعاية الأحداث[2] هذه السن من إكمال السابعة من العمر إلى إكمال التاسعة. أو يرفع السن اللازمة للحكم بعقوبة معينة كرفع السن إن كان الحكم بالإعدام من إكمال الثامنة عشرة إلى إكمال التاسعة عشرة.

٤- إذا قرر الجديد عذرا قانونيا معينا كإعفاء الجاني المخبر عن سائر الجناة من العصابة من العقوبة،[3] أو إعفاء كل من يلقي السلاح ويُسلم نفسه للسلطة العامة من العقوبة. وهكذا.

٥- إذا أضاف الجديد للجريمة ركنا جديدا أو شرطا جديدا لم يكن موجودا في ظل القديم، كأن اشترط الجديد لعقوبة معينة شرط العود (تكرار الجريمة لأكثر من مرة مثلا).

٦- إذا تضمن كل من القديم والجديد ما هو أصلح للمتهم، فعلى القاضي أن يطبق من القانونين الحكم الأصلح للمتهم، بحيث لا يؤدي ذلك إلى إنشاء قانون ثالث، كأن يتضمن القديم مع العقوبة الأصلية الوضع تحت المراقبة كعقوبة تكميلية، وفي نفس

وجدير بالذكر أن أرقام المبالغ في الغرامة قد تبدلت بأرقام أخرى بعد انخفاض القوة الشرائية للدينار العراقي. ونرى أن تُقدر قيمة الدينار بالذهب وقت تشريع هذا القانون لا وقت تنفيذه.

[1] عقوبة الحبس المقررة في القانون خمس سنوات فأقل، وعقوبة السجن المقررة في القانون أكثر من خمس سنوات.

[2] رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣، المادة (٤٧): "ولا تُقام الدعوى الجزائية على من لم يكن وقت ارتكاب الجريمة قد أتم التاسعة من عمره".

وقد نصت المادة (٢/٩٧) من المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل على أن "سن التمييز سبع سنوات كاملة". ولو بيوم واحد.

[3] يُعفى في الاتفاق الجنائي من العقوبات المقررة في المواد (٥٦، ٥٧، ٥٨): كل من بادر بإخبار السلطات العامة بوجود اتفاق جنائي وعن المشتركين فيه قبل وقوع أيّة جريمة من الجرائم المتفق على ارتكابها، وقبل قيام تلك السلطات بالبحث والاستقصاء عن أولئك الجناة، أما إذا حصل الإخبار بعد قيام تلك السلطات بذلك، فلا يُعفى من العقاب، إلاّ إذا كان الإخبار قد سهّل القبض على أولئك الجناة.. (المادة ٥٩ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل).

الوقت يعطي للقاضي سلطة إيقاف تنفيذ العقوبة الأصلية. أما الجديد فلا يتضمن العقوبة التكميلية، لكن يمنع إيقاف التنفيذ، فيُطبق القديم بالنسبة لإيقاف التنفيذ، والجديد لعدم الوضع تحت المراقبة.[١]

٧- القانون الذي يُقرر عقوبة واحدة أصلح من الذي يُقرر عقوبتين معاً، فالذي يقرر الحبس وحده أصلح من الذي يقرر الحبس والغرامة معا.

٨- الذي لا يُضيف عقوبة تكميلية[٢] أو تبعية[٣] أصلح من الذي يُضيفها.

٩- إذا تساوت العقوبة في القانونين، يكون الجديد أصلح إذا هبط بالحد الأقصى أو بالحد الأدنى للعقوبة، أو بالحدين معاً.

لكن يتعقد الأمر إذا كانت العقوبة الجديدة اصلح للمتهم من القديمة بحسب حدها الأدنى (بأن هبطها)، وأسوأ له بحسب حدها الأقصى (بأن رفعها)، أو بالعكس. وعلى سبيل المثل إذا كانت العقوبة في القديم من (٣-١٥)، وفي الجديد من (٥-١٠)، أو في القديم من (٥-١٠) وفي الجديد من (٣-١٥)، فأي القانونين أصلح؟ هناك أربعة آراء لفقهاء القانون الجنائي في تحديد القانون الأصلح[٤] وهي:

---

[١] الدكتور رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، ص١٥٢
الدكتور محمود نجيب حسني، الموجز في شرح قانون العقوبات، القسم العام، ص٧٤.

[٢] العقوبات التكميلية هي الآتية:
١- الحرمان من بعض الحقوق والمزايا (م١٠٠) (ق.ع.ع)
٢- المصادرة، أي مصادرة الأشياء المضبوطة التي جُعلت أجراً لارتكاب الجريمة. (م١٠١).(ق.ع.ع)
٣- نشر الحكم في صحيفة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه. (م١٠٢) (ق.ع.ع)

[٣] العقوبات التبعية هي التي تلحق المحكوم عليه بحكم القانون دون الحاجة إلى النص عليها في الحكم، وهي:
١- الحرمان من بعض الحقوق والمزايا، كحرمانه من كونه ناخباً أو منتخبا في المجالس التمثيلية، أو كونه وصيّا أو قيّما أو وكيلا أو نحو ذلك. (م٩٥-٩٨) (ق.ع.ع)
٢- مراقبة الشرطة، كمن حُكم عليه بالسجن لجناية ماسّة بأمن الدولة الخارجي أو الداخلي، أو تزييف النقود أو تزويرها أو تقليدها، أو تزوير طوابع أو رشوة أو اختلاس أو سرقة أو نحو ذلك.(م٩٩) (ق.ع.ع)

[٤] هذه الآراء واردة من حيث التصور عند عدم وجود نص في القانون يحسم ذلك النزاع بنص صريح.

الرأي الأول/ العبرة بالحد الأقصى في كل من القانونين، فيحكم القاضي في المثال المذكور بين (٣) كحد الأدنى و(١٠) كحد الأعلى.

ويُنتقد هذا الرأي بأنه يمزج القانونين حتى يُخرج منهما ثالثا، وهذا لم يمر بذهن المشرع، وليس للقاضي سلطة تشريعية حتى يُحدث قانونا جديداً.

الرأي الثاني/ يُترك للمتهم أن يختار القانون الذي يفضل تطبيقه، لأنه صاحب المصلحة.

وعيب هذا الرأي أن تطبيق التشريع العقابي من النظام العام وليس للمتهم دور فيه حتى يختار الأقل في أي منهما.

الرأي الثالث/ العبرة بالحد الأدنى لأنه يمثل آخر ما يطمع فيه المتهم من تخفيف العقاب، ولو ارتفع في الوقت نفسه بالحد الأقصى.

ويُعاب هذا الرأي بأنه يُعرض للمتهم لاحتمال الحكم عليه بالحد الأقصى المرتفع مقابل أمل قد يكون ضئيلا في أن يُحكم عليه بالحد الأدنى المنخفض.

الرأي الرابع/ العبرة بالحد الأقصى، فاصلح القانونين هو ما هبط بالحد الأقصى، ففي أي منهما أقل، يُختار هذا، لأنه يُمثل آخر ما يُهدد للمتهم من تشديد العقاب الذي يُخشى أن يوقع عليه، وهذا هو الرأي السائد فقهاً وقضاءً في أكثر من البلاد.[1]

وهذا الرأي رغم أنه امتاز من سواه بنتائجه العملية، إلاّ أنه يُجري المقارنة على أسس مجردة،[2] إضافة إلى أنه قد يُضرّ متهماً جديراً بالحد الأدنى.

وإذا ثبت فشل الآراء المذكورة، على القاضي أن يُفتش عن المعيار الفلسفي وهو أن تحديد الحد الأدنى أو الأقصى أو كليهما، يدل دلالة التزامية فلسفية على منح القاضي السلطة التقديرية لتحديد ما يستحقه المتهم من العقوبة في ضوء ظروف الجريمة والجاني وخلفيات القضية.

فإذا وجد أن الظروف في صالح المتهم بحيث يجعله محلا للرعاية وجديرا بالعطف والرحمة، يطبق عليه القانون الذي أهبط الحد الأدنى، وإذا وجد أن الظروف ضده، يطبق الذي

---

[1] الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص٧٤.

[2] أي مجردة عن الظروف المقترنة بالجريمة أو بالجاني، وهذا الاتجاه مرفوض في المنطق القانوني، لأن القاضي يجب أن يأخذ بنظر الاعتبار هذه الظروف في كل قضية جنائية.

أهبط بالحد الأقصى، لأنه لا أمل في الحد الأدنى، بسبب الظروف المحيطة بالجريمة والجاني.

١٠- إذا كان القانون الصادر بعد الحكم النهائي قد جعل الفعل الذي حُكم من أجله غير معاقب عليه، فإن هذا القانون يسري على الفعل، ويترتب على هذا أن يصبح المتهم كما لو لم يصدر عليه حكم نهائي، وهو المستفاد من القانون المصري (م٥/٣): (يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجنائية).

فالآثار المترتبة على صدور القانون الجنائي بعد الحكم النهائي هي بعينها الآثار التي تترتب على صدور مثل هذا القانون قبل الحكم النهائي، فمجرد صدور القانون يُسقط العقوبات الصادر بها الحكم أو المترتب عليه، فلا تُنفذ إذا لم يكن قد بُدئ في التنفيذ، ويوقف تنفيذها إذا كان قد بدأ. وأثر صدور القانون لا يقتصر على التنفيذ وإنما تنتهي به الآثار الجنائية المترتبة على الحكم، كاعتباره سابقة في العود.

والحاصل صدور القانون الجديد يمحو جميع الآثار المترتبة على اعتباره معاقباً عليه، فإذا كان المحكوم عليه قد دفع الغرامة أو قسطا منها، فإنه يستردها، وكذلك يسترد الأشياء التي صودرت.

وقد ذهب بعض شُرّاح القانون الجنائي على أنه لا يحق للمحكوم عليه أن يسترد الغرامة قياسا على مدة الحبس التي يكون المحكوم عليه قد قضاها.[1]

ويُرد هذا الرأي بأنه قياس مع الفارق، فتنفيذ الحبس لا يتأتى معه إعادة الحال إلى ما كانت عليه، بخلاف الغرامة، فإنها يمكن استردادها.[2]

---

[1] الدكتور سعيد مصطفى سعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، ص١١٩

[2] د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، المرجع السابق، ص١٠٩.

(٤)

موقف المشرع العراقي من سريان القانون الجنائي من حيث المتى الفلسفي

تضمنت المادة الثانية من قانون العقوبات العراقي النافذ الفقرات الأربع الآتية:

١- يسري على الجرائم القانون النافذ وقت ارتكابها ويرجع في تحديد وقت ارتكاب الجريمة إلى الوقت الذي تمت فيه أفعال تنفيذها، دون النظر إلى وقت تحقيق نتيجتها.

٢- على أنه إذا صدر قانون أو أكثر بعد ارتكاب الجريمة وقبل أن يُصبح الحكم الصادر فيها نهائيا، فيُطبق القانون الأصلح للمتهم.

٣- وإذا صدر بعد صيرورة الحكم نهائيا، قانون يجعل الفعل أو الامتناع الذي حُكم على المتهم من أجله، غير معاقب عليه، يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجزائية ولا يمس هذا بأي حال ما سبق تنفيذه من العقوبات، ما لم ينص القانون الجديد على خلاف ذلك. وعلى المحكمة التي أصدرت الحكم ابتداءً أن تقرر وقف تنفيذ الحكم بناءً على طلب المحكوم عليه أو الادعاء العام.

٤- أما إذا جاء القانون الجديد مخففا للعقوبة فحسب، جاز للمحكمة التي أصدرت الحكم ابتداءً إعادة النظر في العقوبة المحكوم بها على ضوء القانون الجديد، وذلك بناء على طلب المحكوم عليه أو الادعاء العام.

وفلسفة الفرق بين الإلزام في الفقرة الثالثة والجواز في الفقرة الرابعة هي الاختلاف في الأساس، فهو في الحالة الأولى إباحة الفعل بالقانون الجديد، وتجريده من الصفة الجرمية، بينما الأساس في الحالة الثانية هو تخفيف العقوبة مع احتفاظ الفعل الجرمي بصفته الجرمية، وعدم خروجه من دائرة عدم المشروعية.

وفلسفة رجعية القانون الأصلح للمتهم هي أن العقاب ليس انتقاما ولا ثأرا كما كان الأمر كذلك في العهود المنصرمة المظلمة، وإنما الغاية منه إصلاح المتهم وزجره حتى لا يعود إلى السلوك المنحرف وردع الغير من الاقتداء به، وهذه الأهداف تُفرض على قاضي الموضوع أن يتصرف ويحكم بما هو أفضل للمتهم وللمجتمع قدر الإمكان.

(٥)

مبدأ الرجعية في القانون محدد المدة[1]

لا تأثير لانتهاء القانون محدد المدة في مسؤولية من خالفه خلال نفاذه وقبل انتهائه، فليس للانتهاء أثر رجعي، ولا يسري على ما أرتكِب قبله من الجرائم، فإذا صدر حكم على المتهم بعقوبة يجب تنفيذها كاملة، رغم انتهاء القانون الذي جرّم الفعل أو الامتناع.

وإذا لم يُسق إلى القضاء بعد ارتكاب وقبل انتهاء المدة، يجب رفع الدعوى عليه من المجنى عليه أو الادعاء العام لمحاسبته ومعاقبته، ولو كان القانون الذي جرّم العمل منتهيا قبل ذلك.

وفلسفة عدم استفادة المتهم أو المحكوم عليه من مضي المدة التي نهى فيه القانون عن فعل أو أمر به: هي عدم ضياع الغرض المقصود من القانون، لأن القانون محدد الفترة يصدر لمواجهة ظروف خاصة، وهي غالباً تكون استثنائية، فإذا ما انقضت هذه الظروف لم يعد للقانون ما يُبرره، ولكن من ارتكب فعلا خالف به ذلك القانون أثناء فترة العمل به، فقد اعتدى على المجتمع وهو يجتاز هذا الظرف، فهو لذلك جدير بالعقاب.

ثم إن في استفادة المخالف من انتهاء المدة تشجيعا للناس على مخالفته، لأن الظروف العابرة تقتضي وضع تشريعات عقابية لفترات قصيرة قد تستغرقها إجراءات التحقيق والإحالة والمحاكمات الجزائية حتى يصدر فيها أحكام نهائية، فإذا طُبق المبدأ العام في سريان القوانين العقابية دائماً بأثر رجعي على الدعاوى القائمة متى كانت هي الأصلح للمتهم، لأدّى ذلك إلى تعطيل أحكام هذه القوانين في كثير من الأحيان، ولأصبح للمتهم مصلحة محققة في إطالة أمد المحاكمة بسبب انتهاء المدة المحددة لنفاذ القانون.[2]

---

[1] القانون محدد المدة، أي القانون المؤقت الذي ينهى عن ارتكاب فعل في مدة زمنية محددة، فمثل هذا القانون يبطل العمل به بانقضاء تلك المدة بغير حاجة إلى صدور قانون بإلغائه. بخلاف القوانين الاستثنائية التي تصدر في حالات الطوارئ، ولا يُنص فيها على مدة معينة لسريانها. فإن إبطال العمل بها يقتضي صدور قانون بإلغائها.

د. محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص١١٠.

[2] الدكتور محمود نجيب، المرجع السابق، ص٧٩... الدكتور رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص١٥٦.

(٦)

معيار التمييز بين القانون محدد المدة وغيره

لا يعرف قانون وضعي نصوصاً أبديةً، وإنما النص ينشأ في زمن معين وينقضي سلطانه في يوم معين آخر. فالسلطان الزمني للنصوص القانونية محصور بين وقتين (وقت نفاذه ووقت انقضائه)، فلا سلطان له قبل الوقت الأول ولا بعد الثاني، لذا يجب أن يكون هنالك معيار دقيق للتمييز بين ما هو محدد المدة وما ليس بمحدد المدة، والمعيار قد يكون صريحا، فينص القانون الجديد غالبا على انقضاء الأول بعد مدة محددة، وقد يكون ضمنيا يُفهم الانقضاء من طبيعة الظروف التي شُرع من أجلها.

فالمعيار الدقيق هو التحديد بالنص، فينبغي في التشريع الصادر لفترة محددة أن يتضمن تحديدا صريحا لها، فلا يكفي أن يكون التحديد ضمنيا مستفادا من ظروف وضع التشريع وملابساته، أو أن يكون التحديد مستمداً من طبيعة القانون، كالقوانين التي تُشرع لمعالجة ظروف خاصة، لأن كل تشريع عقابي يوصف بأنه مؤقت بطبيعته، فيتعذر التمييز بين ما هو مؤقت وما هو غير مؤقت، لأن جميع القوانين مهما طال زمن العمل بها يكون عرضة للعدول عنها.

(٧)

سريان الجديد على الماضي
لا على أساس معيار الأصلح للمتهم

يسري الجديد لا على أساس معيار الأصلح على ما وقع قبل نفاذه من الجرائم الآتية:

١- الجرائم المستمرة:

وهي الجرائم التي تتكون من فعل واحد متجدد مستمر.[١] ومعيار تقسيم الجريمة إلى الوقتية والمستمرة هو الزمن (المتى الفلسفي) الذي يستغرقه تحقق عناصرها، فإذا لم يستغرق غير برهة قصيرة من الزمن، فالجريمة وقتية كالقتل بطلقة نارية مميتة فوراً. وإذا امتد خلال وقت طويل نسبياً، فالجريمة مستمرة، إذا كان لإرادة الجاني دخل في هذا الاستمرار، كحبس شخص بدون وجه حق، وكجريمة حيازة الأموال المسروقة والأموال المغصوبة وإخفاء جثة المقتول ونحو ذلك. فذات الجريمة في هذه التطبيقات وقتية تنتهي بوقت قصير، لكن الحيازة أو الإخفاء من الجرائم المستمرة لاستغراقها زمناً متجدداً مستمراً.

٢- الجرائم المتتابعة:

وهي التي تقع بتتابع عدة أفعال يكون كل واحد منها كافيا لوجود الجريمة، ويكون الغرض من جميع الأفعال واحداً، كتزوير أوراق رسمية عدة مرات لغرض الاختلاس.
والفرق بينها وبين المستمرة هو أن الثانية تتكون من فعل واحد ثم يبقى مستمراً، بخلاف المتتابعة فإنها تتكون من عدة أفعال يكون كل واحد منها جريمة. وبتعبير أدق أن المعتبر في الجريمة المستمرة هو تجدد عنصر الزمن، بينما في المتتابعة هو عنصر تكرار الفعل.

---

[١] الدكتور سعيد مصطفى سعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، ص٤٧ وما يليها.

٣- جرائم العادة:

وهي التي تتكون من تكرار أفعال يُشكل مجموعها جريمة واحدة تُسمى جريمة الاعتياد، وتختلف عن سابقتيها بأنها لا تتكون بفعل واحد، وإنما يُشترط فيه عنصر التكرار، كالإقراض بفائدة تزيد عن النسبة المحددة بالقانون، فإنه لا يُعد جريمة عند فقهاء القانون[1]، ما لم يحصل فيه عنصر التكرار، ويبدو أن المراد بالتكرار أن يكون أكثر من مرة واحدة.

وهذه الأنواع الثلاثة من الجرائم التي يسري عليها أحكام القانون الجديد، بشرط أن يستمر الجاني على ارتكابها في ظله، ولو كان البدء بها في ظل القانون السابق، فإذا أتى الجديد بقواعد معدلة للجرائم المستمرة أو المتتابعة أو جرائم العادة، تُطبق هذه القواعد على ما تم تنفيذه في ظل القانون القديم.[2] وفلسفة هذا السريان هي استمرارية الجاني على ممارسة العمل الجرمي في ظل الجديد، فيُعطى للكل حكم الجزء، فممارسة جزءٍ من الجريمة في ظل الجديد تُعد بمثابة ممارسة كلها في ظله مجازاً، على أساس كون ذلك اصلح للمتهم، رعاية للعدالة التي هي الغاية الرئيسة لتشريع كل قانون.

---

[1] الأستاذ جندي عبدالملك، الموسوعة الجنائية، ص٤١

الأستاذ محسن ناجي، الأحكام العامة في قانون العقوبات، ص٤١

[2] المادة الرابعة من قانون العقوبات العراقي النافذ.

(٨)

سريان القانون على التدابير الاحترازية

من الواضح أن التدابير الاحترازية بكافة أنواعها عقوبات بشروط آتية:

١- أن ينص عليها القانون وفقاً لقاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص).

٢- لا يجوز اتخاذ التدابير الاحترازية ضد أي شخص ما لم يرتكب فعلا يعده القانون جريمة.

٣- أن تكون حالة الشخص الذي تُتخذ التدابير الاحترازية في حقه خطرة على سلامة المجتمع، بأن يتبين من أحواله وماضيه وسلوكه ومن ظروف الجريمة وبواعثها، أن هنالك احتمالا جديا لإقدامه على اقتراف جريمة أخرى، أو أن حالته تُعتبر خطرة على سلامة المجتمع.[١]

من أنواع التدابير الاحترازية: [٢]

١- التدابير السالبة للحرية أو المقيدة لها:

كالحجز في مأوى علاج في مستشفى أو مصح للأمراض العقلية والمنع من التردد على أمكنة معينة مُعدة لغرض تعاطي المسكرات، وكمراقبة الشرطة.

٢- السالبة للحقوق:

كالحرمان من مزاولة مهنته أو حرفته أو نشاط صناعي أو تجاري أو نحو ذلك، وكإسقاط الولاية والوصاية والقوامة وسحب الإجازة ونحو ذلك.

---

[١] المادة (١٠٣) من قانون العقوبات العراقي النافذ.

بخلاف الشريعة الإسلامية، فإن جميع العبادات التي كُلّف بها الإنسان البالغ العاقل من التدابير الاحترازية، كما يقول سبحانه وتعالى ﴿وَأَقِمِ الصَّلَاةَ إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنكَرِ﴾ (العنكبوت:٤٥). صنيع الشريعة الإسلامية أحسن من صنيع القانون، لأن الوقاية خير من العلاج.

[٢] المواد (١٠٥-١٢٢) من قانون العقوبات العراقي النافذ.

٣- التدابير المادية:

كمصادرة الأموال وغلق المحل وإيقاف الشخص المعنوي (كالشركات التي لها شخصية معنوية) لمدة معينة أو حله.

أما من حيث سريان القانون الجديد على التدابير الاحترازية التي نشأت بقانون سابق، فإن على القاضي أن يُطبق السريان وعدمه من حيث ما يطبق على العقوبات.[1]

وفلسفة ذلك أن التدابير الاحترازية، كما ذكرنا، عقوبات، لذا نجد أنه لا مبرر لدراستها من حيث سريان القانون الجديد بمعزل عن العقوبات.

---

[1] كما سبق تفصيل ذلك من حيث شروط السريان وكون الجديد اصلح للمتهم.

(٩)

سريان التشريع الإجرائي على أساس المتى الفلسفي

ما سبق من عناصر وأحكام سريان نطاق القانون على أساس الزمان (المتى) كان بالنسبة للقواعد الموضوعية المنصوص عليها غالبا في قوانين العقوبات، وما يأتي من الدراسة المتعلقة بنطاق السريان يكون بنسبة لقواعد إجرائية منصوص عليها غالبا في أصول المحاكمات الجزائية، وهي مجموعة قواعد عامة تُنظم إجراءات التحقيق الابتدائي، والمحاكمة، والأحكام، والطعن في الأحكام، وكيفية تنفيذ الأحكام وانقضائها.

وبتعبير آخر التشريع الإجرائي هو ما ينطبق من رفع الدعوى إلى الانقضاء النهائي.[1]

أما من حيث سريان تلك القواعد الإجرائية الجزائية، فالقاعدة العامة هي أن الأصل فيها هو أنها تسري من تأريخ نفاذها على ما يجري في المستقبل بعد نفاذها من رفع الدعوى إلى الحكم النهائي، بل إلى تنفيذ الحكم وانقضائه دون ما جرى في الماضي في ظل قانون سابق، سواء أكان الجديد أصلح للمتهم أم أسوأ، غير أن هناك بعضا من القواعد الإجرائية محل خلاف فقهاء القانون الجنائي، من حيث السريان والأثر الرجعي ورعاية الأصلحية بالنسبة للمتهم. وهي قواعد الاختصاص القضائي وقواعد الطعن في الأحكام وقواعد التقادم (تقادم الدعوى أو العقوبة)، لذا تقتضي فلسفة رعاية العدالة في تطبيق القواعد المذكورة معرفة نطاقها من حيث السريان الزمني.

اولا- قواعد الاختصاص:

الاختصاص هو مدى السلطة التي خوّل القانون جهة أو محكمةً إياها، وبناءً على هذه الحقيقة لا يجوز لمحكمة أن تنظر في قضية مرفوعة إليها، ما لم تكن داخلة في اختصاصها، كما لا يجوز أن ترفض النظر في دعوى داخلة في نطاق اختصاصها، وإلا تُعد ناكرة للعدالة،

---

[1] الدكتور رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص١٥٨.

وقد تتنازع محكمتان في قضية واحدة تنازعاً إيجابياً، كأن تنص كل واحدةً منهما على أن القضية للتنازع فيها من اختصاصها، أو تنازعاً سلبياً كأن ترفض كل واحدة منهما النظر في قضية معينة على أساس أنها لا تدخل ضمن اختصاصها، وإنما هي من اختصاص محكمة أخرى، وقانون أصول المحاكمات الجزائية هو الذي يحدد سلطة المحاكم الجزائية وأنواع جرائم الأشخاص الذين يحاكمون أمامها. والتكييف الفلسفي لهذا الموضوع من الاختصاص هو أنه من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على مخالفته.

إلغاء محكمة قائمة أو استبدال أخرى بها:

إذا صدر قانون إجرائي جديد ألغى محكمة قائمة، فلا إشكال في هذه الحالة، من حيث أن الجديد هو المعمول به لانقطاع الصلة بين المحكمة الملغاة وبين الإجراءات القضائية بالنسبة للقضية التي كانت الملغاة ذات الاختصاص بالنظر فيها، حتى ولو كانت هذه الدعوى منظورة بالفعل أمام المحكمة الملغاة.

ومن تطبيقات حالة الإلغاء قانون السلامة الوطنية المعدل[1] حيث ألغى بمادته (رقم٣٠) مرسوم الإدارة العرفية[2] وتعديلاته وذيوله، وأحلّ حالة الطوارئ محل حالة الأحكام العرفية، كما ألغى قانون المجالس العرفية وأحلّ محلها محاكم أمن الدولة.[3] وإذا نقل القانون الجديد الاختصاص بالنظر في الدعوى من محكمة إلى أخرى دون أن يُلغي المحكمة ذات الاختصاص القديم بالنظر في الدعوى، فما هي المحكمة المختصة بعد نفاذ هذا القانون الجديد، هل هي القديمة أو الجديدة؟ إذا كان هنالك نص في الجديد يحسم هذا النزاع فيُعمل بمقتضاه، وفي حالة عدم وجود النص، أختلف في تحديد المحكمة المختصة، فقهاء القانون الجنائي على أربعة آراء:

---

[1] رقم (٤) لسنة ١٩٦٥ المعدل.

[2] رقم (١٨) لسنة ١٩٣٥ وتعديلاته

[3] وقد أيدت محكمة التمييز في العراق (الإضبارة ٤١٠/جنايات/ ١٩٦٨ في ١٨/٤/١٩٦٨) ما ذهبت إليه محكمة الجزاء الكبرى لمنطقة كركوك من أن القوانين المتعلقة بإجراءات المحاكمات والمرافعات تسري تلقائيا على الماضي حتى مع عدم النص على ذلك، لأنها لا تضير حقوق المتهم المكتسبة، بل على النقيض تكون في صالحه، إذ تؤمن له حرية الدفاع عن نفسه.
نقلا عن الدكتور سامي النصراوي، أصول المحاكمات الجزائية، ص١١

١- المحكمة المختصة هي القديمة، والتعليل الفلسفي لهذا الرأي هو أن الموضوع يدخل في باب تنازع المحكمتين، تنازعاً إيجابياً في الاختصاص، فتُرجح المحكمة القديمة على الجديدة للعلل الآتية:

أ- إنها لم تُلغ بالقانون الجديد فتبقى على اختصاصها لسبقها.

ب- إنها كانت هي المحكمة المختصة حين ارتكاب الجريمة، فتبقى على اختصاصها استصحابا.

ج- من الحقوق الطبيعية للمتهم أن يُحاكم أمام محكمة طبيعية دون محكمة استثنائية.

٢- المحكمة المختصة هي المحكمة الجديدة، ما لم يتم الفصل في القضية بحكم نهائي من المحكمة القديمة، والتعليل الفلسفي لهذا الرأي هو أن قواعد الاختصاص من النظام العام، فليس للمتهم حق مكتسب فيها.

٣- المحكمة المختصة هي التي أصدرت الحكم الابتدائي، فإذا لم يصدر الحكم الابتدائي في الدعوى من المحكمة القديمة يكون الاختصاص للمحكمة الجديدة في ظل القانون الجديد، لأن الجديد يسري على جميع الدعاوى حتى ما كان مرفوعاً منها أمام المحكمة القديمة، والتعليل الفلسفي لهذا الرأي هو أن صدور الحكم الابتدائي من المحكمة القديمة يُعد حقاً مكتسباً للخصوم، ولا يُمكن العدول عنه إلا بطريق الاعتراض (الطعن) المقرر له، وليس من العدل ترك هذا الحكم الابتدائي وعدم اعتداد المحكمة الجديدة به.

٤- والرأي الرابع هو الذي يقول بأن القانون الجديد يسري على جميع الوقائع التي لم تُرفع إلى المحكمة المختصة، والمحكمة المختصة هي التي رُفعت الدعوى إليها، فإذا لم تُرفع الواقعة إلى المحكمة المختصة حتى صدور القانون الجديد، يكون النظر فيها من اختصاص المحكمة الجديدة في ظل القانون الجديد، رغم وقوعها في ظل القديم، فإن رُفعت إلى المحكمة المختصة فإنها تبقى في اختصاصها. والتعليل الفلسفي لهذا الرأي هو أن الواقعة إذا رُفعت إلى المحكمة المختصة، تبقى في اختصاصها، بناءً على قاعدة (أن القضية يجب أن تنتهي حيث بدأت)، وأن الاختصاص يتحدد برفع الدعوى فقط، فإن رُفعت، كان القانون القديم ومحكمته هما المختصتان. وإلاّ فمحكمة

القانون الجديد هي التي تحكم الوقائع التي مازالت قيد التحقيق، ولو كانت الجريمة وقعت قبل صدور القانون الجديد.[١]

ونرى أن الراجح هو أن الدعوى المرفوعة إلى صاحبة الاختصاص القديم تظل في اختصاصها، فلا يسري الاختصاص الجديد إلاّ على الدعاوى التي تكون وقت نفاذ القانون الإجرائي الجديد لا تزال في مرحلة التحقيق والإحالة، ولم تُرفع للمحكمة بعد، وذلك لاستبعاد اضطرابات الإجراءات القضائية أو إعادتها من جديد. هذا من جهة، ومن جهة أخرى حتى لا يتخذ تغيير الاختصاص ذريعة للتدخل في عمل القضاء أو للتأثير فيه بصورة ما.[٢]

ثانيا: قواعد الطعن في الأحكام:

إذا أوجد القانون الجديد طريقا جديداً للطعن لم يكن موجوداً في القانون القديم، يستطيع المتهم الاستفادة منه، والمشرع العراقي أخذ بهذا الاتجاه.[٣] لكن هذا لا يمنع في نفس الوقت أن ينص الجديد على خلاف ذلك.

أما بخصوص القواعد المتعلقة بتغيير ميعاد الطعن، كتحديد أو تقصير المدة المخصصة للطعن، فالرأي السائد فقهاً وقضاءً بهذا الصدد يذهب إلى اعتبار هذه القواعد موضوعية رغم ورودها في قوانين الأصول الجزائية، وبالتالي تسري على الماضي في حالة فائدتها للمتهم.[٤] وبناءً على ذلك إذا أطال القانون الجديد الميعاد المقرر في القانون القديم، أو وسّع في أحواله، يُعمل بالجديد على أساس فكرة الأصلح للمتهم، فيستفيد أصحاب المصلحة في الطعن من المواعيد الطويلة والأحوال الجديدة الأنسب لهم، أما إذا قصّر القانون الجديد الميعاد المقرر للطعن في القانون القديم، فإنه يُنقضي بانتهاء المدة المقررة في القانون القديم.[٥]

---

[١] الأستاذ عبد الأمير العكيلي، أصول الإجراءات الجزائية في قانون أصول المحاكمات الجزائية، ص٢٤

[٢] الدكتور رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص١٦١.

[٣] يُنظر المادة (٣٦٩/ب) من قانون الأصول المحاكمات الجزائية العراقي المعدل النافذ.

[٤] الدكتور محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية المصرية، ط٨، ١٩٦٣، ص٢٧.
الدكتور رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، ط٤، ١٩٦٢، ص٩.
دكتور عمر سعيد رمضان، مبادئ الإجراءات الجنائية ، ط١٩٦٨، ص٢٩.

[٥] دكتور سامي النصراوي، أصول المحاكمات الجزائية، ص١٣ وما يليها.

انواع التقادم الجنائي:

التقادم نوعان:

تقادم الدعوى الجنائية، وتقادم العقوبة المحكوم بها نهائياً.

المشرع العراقي يأخذ بتقادم الدعوى الجزائية لا بتقادم العقوبة، إلاّ في نطاق محدود ذكرته المادة (٦) من أصول المحاكمات الجزائية النافذ،[١] وببعض القوانين الأخرى منها قانون العقوبات النافذ (م٣٧٨) التي نصها:

"١- لا يجوز تحريك دعوى الزنا ضد أي من الزوجين أو اتخاذ أي إجراء فيها، إلاّ بناءً على شكوى الزوج الآخر، ولا تُقبل الشكوى في الأحوال الآتية:

(أ) إذا قُدمت الشكوى بعد انقضاء ثلاثة أشهر على اليوم الذي اتصل فيه علم الشاكي بالجريمة.

(ب) إذا رضي الشاكي باستئناف الحياة الزوجية على الرغم من اتصال علمه بالجريمة.

(ج) إذا ثبت أن الزنا تم برضا الشاكي.

٢- يُقصد بالزوج في حكم هذه المادة من تتوافر فيه هذه الصفة وقت وقوع الجريمة، ولو زالت عنه بعد ذلك، ويبقى حق الزوج في تحريك دعوى الزنا الذي ترتكبه زوجته إلى انتهاء أربعة أشهر بعد طلاقها".

المادة (٣٧٩) التي نصها:

"١- تنقضي دعوى الزنا ويسقط الحق المدني بوفاة الزوج الشاكي أو تنازله عن محاكمة الزوج الزاني أو برضا الشاكي بالعودة إلى معاشرة الزوج الزاني قبل صدور الحكم النهائي في الدعوى. ويُعتبر تنازل الزوج عن محاكمة زوجته الزانية تنازلا منه عن محاكمة من زنا بها.

٢- وللزوج كذلك أن يمنع السير في تنفيذ الحكم الصادر على زوجته، وإذا توفي الشاكي، يكون لكل من أولاده من الزوج المشكو أو الوصي عليهم، أن يمنع السير في تنفيذ الحكم".

---

[١] الرقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل.

ومنها قانون المطبوعات (م٢٠)،[1] وقد نصت (م٦) من أصول المحاكمات الجزائية النافذ على أنه "لا يقبل الشكوى في الجرائم المبينة بالمادة الثالثة من هذا القانون بعد مضي ثلاثة أشهر من يوم علم المجنى عليه بالجريمة أو زوال العذر القهري الذي حال دون تقديم الشكوى".

المادة الثالثة:

١- لا يجوز تحريك الدعوى الجزائية إلا بناء على شكوى من المجنى عليه أو من يقوم مقامه قانوناً في الجرائم الآتية:

ف (١) زنا الزوجية أو تعدد الزوجات خلافاً لقانون الأحوال الشخصية.

ف (٢) القذف أو السب أو إفشاء الأسرار أو التهديد أو الإيذاء، إذا لم تكن الجريمة قد وقعت على مكلف بخدمة عامة أثناء قيامه بواجبه أو بسببه.[2]

ف (٣) السرقة أو الاغتصاب أو خيانة الأمانة أو الاحتيال أو حيازة الأشياء المتحصلة منها، إذا كان المجنى عليه زوجا للجاني أو أحد أصوله أو فروعه، ولم تكن هذه الأشياء محجوزاً عليها قضائياً أو إدارياً، أو مثقلة بحق لشخص آخر.

ف (٤) إتلاف الأموال أو تخريبها، عدا أموال الدولة، إذا لم تكن الجريمة مقترنة بظرف مشدد.

ف (٥) انتهاك حرمة الملك أو الدخول في ارض مزروعة أو مهيأة للزرع، أو أرض فيها محصول، أو ترك الحيوانات تدخل فيها.

ف (٦) رمي الأحجار أو الأشياء الأخرى على وسائط النقل أو بيوت أو مبانٍ أو بساتين أو حظائر.

ف (٧) الجرائم الأخرى التي ينص القانون على عدم تحريكها إلا بناءً على شكوى من المتضرر منها.

وينص قانون الإجراءات الجنائية المصري، طبقا لأحدث التعديلات بالقانون رقم (٩٥) لسنة (٢٠٠٣)، المادة (١٤) على أنه "تنقضي الدعوى الجنائية بوفاة المتهم، ولا يمنع ذلك من الحكم بالمصادرة في الحالة المنصوص عليها بالفقرة الثانية من المادة ٣٠ من قانون العقوبات إذا حدثت الوفاة أثناء نظر الدعوى".

---

[1] الرقم (٢٠٦) لسنة ١٩٦٨.

[2] وقد عُدّلت هاتان الفقرتان.

كما نصت المادة (١٥) على أنه "تنقضي الدعوى الجنائية في المواد الجنايات بمضي عشر سنين من يوم وقوع الجريمة وفي المواد الجنح بمضي ثلاث سـنين، وفي مـواد للمخالفـات بمضـي سنة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

وبالنسبة لسقوط العقوبة نصّت (م٥٢٨) من قانون الإجراءات الجزائية المصري على أنـه "تسقط العقوبة المحكوم بها في جناية بمضي عشرين سـنة الميلاديـة، إلاّ عقوبـة الإعـدام، فإنها تسقط بمضي ثلاثين سنة، وتسـقط العقوبة المحكوم بها في جنحة بمضـي خمـس سـنين، وتسـقط العقوبة المحكوم بها في المخالفة بمضي سنتين".

وهذه العقوبات في القانون المصري النافذ متعلقة بنظام مباشرة الدعوى الجنائية، وتنفيذ العقوبات المحكوم بها نهائياً، لذلك وردت في مجموعة الإجراءات الجنائية، لكن هل هـي في حقيقتها إجرائـية أو موضـوعـية؟

هنالك اتجاهان لفقهاء القانون الجنائي:

أ- اتجاه ذهب إلى أن هذه القوانين إجرائية تخضـع لما تخضع له القوانين الإجرائـية من ناحية سريانها فوراً، حتى على الدعاوى التي أقيمت من قبل، لأنها متعلقة بالنظام العام، وليس للمدعي بعد ذلك أن يدفع بأنـه اكتسـب حقـاً في خضـوعه لقواعـد القـانون القديم، إن كان أصلح بالنسبة له، فإذا كانت الدعوى أو العقوبة قد تقادمـت فعـلا وبالتالي سقطت قبل نفاذ القانون الجديد، فلا يسري عليها هذا الجديد، سـواء أكـان يُقصر مدة التقادم أم يُطيلها. لكن إذا لم تتقادم الدعوى أو العقوبة، فإن الجديـد هـو الذي يُطبق، سواء يُقصر المدة أو يُطيلها، وسواء أكان في مصـلحة المـتهم أم لا، مـادام أنه لم يكتسب حقا بعدُ.[1]

ب- وذهب اتجاه ثانٍ إلى أن قواعد تقادم الدعوى والعقوبة معاً، تُعد قواعد موضـوعـية حكما، بغض النظر عن ورودها في قـانون الإجـراءات الجنائيـة (أصـول المحاكمـات الجنائية)، لأنها تمس في جوهرها أصل الحق في العقاب. فتقادم الدعوى أشبه بـالعفو الشامل (العام) من حيث انه يحول دون إمكان تحريك الدعوى عـن الواقعـة نهائيـاً. وتقادم العقوبة أشبه بالعفو عنها، من حيث أنـه يحـول دون إمكـان تنفيـذها رغـم صيرورة الحكم نهائياً.

---

[1] الدكتور سعيد مصطفى سعيد، المرجع السـابق، ص ١٣١
الدكتور رؤوف عبيد، المرجع السـابق، ص١٦٤.

ويُعد الرأي الثاني أرجح وأولى بالإتباع تغليبا لجوهر نظام التقادم على منهبه، ولآثاره الموضوعية المحتومة. وليس ثمَّ ما يحول دون القول بأن قواعد التقادم تسري أيضا بأثر رجعي، أسوة بها متى كان اصلح للمتهم.[1] وبهذا الاتجاه أخذت محكمة النقض المصرية، حيث ذهبت[2] إلى أن قواعد التقادم للدعوى الجنائية رغم كونها واردة في قانون الإجراءات، إلاّ أنها تسري بأثر رجعي متى ما كانت أصلح للمتهم.

وبناءً على ذلك، يُمكن القول بأن العدالة تقضي بسريان قواعد التقادم على الماضي، مادامت أصلح للمتهم، حتى ولو كان تأريخ الدعوى أو تأريخ الحكم سابقاً على تأريخ نفاذ القانون الجديد.

ومن استثناءات قاعدة عدم سريان القانون الجنائي على ما وقع قبل نفاذه استثناء القواعد الجنائية المفسرة، فهي تسري على الماضي بأثر رجعي، وفلسفة ذلك أنها تتضمن قواعد مفسرة ومتصلة اتصالاً وثيقاً بالقانون السابق، وأنها جزء منه، تُكمل ما نقص فيه وتوضح ما غمض من نصوصه.[3]

رب زدني علما والحقني بالصالحين

---

[1] الدكتور رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص١٦٥.

[2] في قرارها الصادر (٣/٢٤) ١٩٥٢، أحكام النقض، س٣، رقم ٣٢٨، ص٦١٥، نقلا عن الدكتور رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص١٦٦.

[3] الأستاذ عبد الأمير العكيلي، المرجع السابق، ص٢٣.

أثر أحكام الشريعة الاسلامية في التشريعات العربية الحديثة

مقدمة

الشريعة الاسلامية هي نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الثابتة، والفقه الاسلامي هي الاحكام الشرعية العملية المستخرجة من الشريعة الاسلامية بصورة مباشرة او غير مباشرة.

ويترتب على هذا الفرق ما يأتي:

١-نصوص الشريعة لا تقبل التعديل والتبديل بخلاف النصوص الفقهية فانها كالنصوص القانونية تتأثر بالمتغيرات والمستجدات فتتغير بتغير الزمان والمكان ما لم يكن الحكم الفقهي منصوصا عليه بنص قطعي الدلالة او مجمعا عليه.

٢-الشريعة ملزمة عقيدة وعملا لكل انسان بالغ عاقل بخلاف الفقه فلا يلزم الانسان باعتناق مذهب معين كما انه لا يجوز ان يلزم نفسه بذلك مدى الحياة، فقال سبحانه تعالى: ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لاَ تَعْلَمُونَ﴾[1].

٣-الفقه يحتمل الخطأ والصواب فكل مجتهد مصيب ومخطيء بخلاف الشريعة لان مصدر الشريعة هو الوحي ومصدر الفقه هو الاجتهاد.

القرآن دستور والفقه قانون:

القرآن دستور الهي خالد ووظيفة الدستور التخطيط والتصميم لتنظيم الحياة ووضع القواعد الكلية التي يتقيد بها المشرع الوضعي.

فالقرآن اقتصر على القواعد الكلية وخول العقل البشري ارجاع الجزئيات الى تلك الكليات في ضوء متطلبات الحياة في كل زمان ومكان. القرآن صنع دائرة من الاخلاق وقال للعقل البشري تحرك بحسب مستلزمات ومستجدات الحياة شريطة ان يكون هذا التحرك داخل هذه الدائرة فقال: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا﴾[2].

---

[1] سورة النحل – الآية: ٤٣.

[2] سورة البقرة – الآية: ٢٢٩

وبناء على هذه الحقائق فان المكلف بتنظيم الحياة عن طريق التشريع هو العقل البشري وان زهاء ٦٠٪ من قوانين جميع دول العالم الاسلامي وغير الاسلامي لا يتعارض مع الدستوري الالهي (القرآن الكريم) لان كل عمل اجتهادي نتاج العقل، والعقل واحد فلا فرق بين عقل المسلم وغير المسلم في هذا المجال.

الفقه الاسلامي والتشريعات الوضعية

الفقه الاسلامي نشأ مع نشأة النصوص منذ عهد الرسالة وقد ترك لنا وللأجيال القادمة فقهاء. الشريعة الاسلامية ثروة فقهية عظيمة غنية لو استثمرت بصورة صحيحة لأغنت جميع القوانين العربية وغير العربية الاسلامية وغير الاسلامية.

وهذه الثروة الفقهية اشبه بمعدن من النهب يحتاج الى عقول ناضجة وأيد خبيرة تقوم باستخراج المعدن الصافي وعزله عما لم تبق له اية فائدة من الناحية العملية، والفقه الاسلامي اليوم بأمس الحاجة الى اعادة النظر وحذف الامثلة البالية كالعبد والجارية وتقنين ما هو الراجح والملائم للحياة المتطورة والحضارة البشرية الحديثة والزام جميع الناس به للقضاء على الخلافات المذهبية والطائفية التي اصبحت اليوم اخطر مرض اصيبت به الامة الاسلامية العربية.

ورؤساء الدول الاسلامية بوجه عام والدول العربية بوجه خاص مسؤولون امام الله وامام شعوبهم عن اهمال هذه المهمة الخطيرة وغض عيونهم عما يجري في العالم الاسلامي من الصراعات المذهبية والطائفية.

مدى تأثر القوانين العربية الحديثة بالشريعة الاسلامية

تأثرت التشريعات العربية بهذه الشريعة اكثر من غيرها لأسباب كثيرة اهمها:

١- الشريعة الاسلامية كانت القانون الوحيد في جميع التنظيمات الحياتية لهذه الامة منذ عهد الرسالة مارة بخلافة الراشدين والامويين والعباسيين الى نهاية العهد العثماني وبداية احتلال الدول الاستعمارية الغربية للعالم العربي.

٢-ان الأمة العربية هي المكلفة من عند الله بايصال شعاع الاسلام الى كل زاوية مظلمة من زوايا كوكب الارض، قال تعالى: ﴿كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ

بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنْ الْمُنكَرِ﴾[١]، فالمفروض ان تكون القوانين العربية يقتـدي بهـا العالم غير العربي ليكمل بها نواقص تشريعاته، ولكن من المؤسف ان نرى اليوم هـذه الحقيقة معكوسة ونجد اكثر القوانين العربية مستوردة من الدول الغربية ومـرد ذلـك الى امرين:

أحدهما: جهل اكثر المسؤولين والقانونيين بابعاد الشريعة الاسلامية واهمية احكامها وعدم التمييز بين الدين والشريعة، فالدين معتقدات وعبادات والشـريعة تنظـيم للحياة والقرآن فرق بينهما فالدين مشترك بين جميع الاديان السماوية، قال تعالى: ﴿شَرَعَ لَكُمْ مِنْ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلاَ تَتَفَرَّقُوا فِيهِ﴾[٢]، ولكن لكـل امـة شـريعة ومنهاج خاص قال سبحانه: ﴿لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا﴾[٣].

والثاني: احتلال الدول الغربية الاستعمارية للعالم العربي بعد الحـرب العالميـة الاولى وكان لهـذا الاحـتلال الاثـر السـيء الـذي انعكـس علـى الشـعوب العربيـة في معتقداتهم وعاداتهم وتقاليـدهم بحيث زعم البعض ولا يزال يزعم ان الاتجاه والسير على هدى الشريعة الاسلامية رجعية وتقهقر الى الوراء بينما اتباع النهج الغربي من سمات الحضارة والتقدم والتطور.

ولكن بعد ان تحررت الدول العربية من الاستعمار البغيض اخذت تتجه نحو السـير علـى روح الشريعة الاسـلامية وبناء حضارتها على أسس جديدة وفي مقدمتها القيم السـامية وكان العراق في مقدمة تلك الدول في القانون المدني القائم والاحوال الشخصية ورغم هذا التحـرك الجديد نحو الشريعة الاسـلامية لا تـزال القـوانين العربيـة الحديثـة منقسـمة علـى اتجـاهين متعاكسـين اتجاه متأثر بالفقه الغربي واتجاه اخر اقترب كثيرا الى الشريعة الاسـلامية ودراسـة هذا الموضوع بصورة صحيحة كافية وافية تتطلب استقراء تاما ودراسة ميدانية للمقارنة بين الشريعة الاسـلامية وجميع فروع القانون في البلاد العربية وهي تتطلب مجلـدات لـذا اقتصـر على نماذج مختصرة لثلاثة انواع من القوانين قانون الاحوال الشخصية والقانون المدني وقانون العقوبات وذلك في ثلاثة مباحث.

---

(١) سورة آل عمران – الآية: ١١٠.

(٢) سورة الشورى- الآية ١٣.

(٣) سورة المائدة- الآية: ٤٨.

المبحث الأول
اثر الاحكام الشرعية
في قوانين الاحوال الشخصية العربية الحديثة

قانون الاحوال الشخصية هو مجموعة قواعد عامة تنظم العلاقات الاسرية وتحدد حقوق والتزامات كل فرد من حيث مركزه في الأسرة.

الاستعمار الغربي لم يستطع طوال العصور الماضية ان يؤثر على الشعوب العربية في العلاقات الأسرية، ولا تزال القيم الدينية والاخلاقية السامية هي الاساس لتلك العلاقات لذا ظلت قوانين الاحوال الشخصية محتفظة بمصدرها الاصلي وهو الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامي دون تقيد اكثرها بمذهب معين، ولسعة الموضوع وضيق المجال اقتصر على نماذج منها بحسب تسلسلها التأريخي:

اولاً: قانون الاحوال الشخصية المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المعدل بقانون الاحوال الشخصية الجديد رقم (٤٤) لسنة ١٩٧٩.

قبل العهد الفاطمي كان المذهب الرسمي في القضاء المصري هو المذهب الشافعي ثم حل محله المذهب الحنفي ثم تم تقنين اكثر احكام الاحوال الشخصية فصدرت القوانين الآتية بعد قانون ١٩٢٠ اهمها:

١-قانون الولاية على النفس رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢.

٢-قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢.

٣-قانون لائحة ترتيب المحاكم الشرعية رقم ٣١ لسنة ١٩٣١.

٤-قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣.

٥-قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦.

ولم يخالف المشرع المصري في هذه القوانين احكام الشريعة الاسلامية غير انه يلاحظ عليه ما يأتي:

أ-يوحد جميع احكام الاحوال الشخصية في قانون واحد.

ب-معالجته لهذه الاحكام ليست بطريقة متسلسلة طبيعية كسائر قوانين البلاد العربية رغم ان مصر كانت مركز الثقافة الاسلامية. غير ان في معالجته احكام الوصية يعتبر ادق واشمل وافقه القوانين العربية في هذا الموضوع.

ج-لم يحل القاضي الى الفقه الاسلامي بصورة عامة او الى مذهب معين كما فعل في القانون المدني.

ثانيا: مجلة الاحوال الشخصية التونسية لسنة ١٩٥٧[1]

تناولت هذه المجلة احكام الزواج والطلاق في (٨٤) فصلا واحكام الميراث في الفصول (٨٥-١٥٢) واسباب الحجر (١٥٣-١٧٠) والوصية (١٧١-١٩٩) والهبة (٢٠٠-٢١٣) ويلاحظ على هذه المجلة انها خرجت عن الشريعة الاسلامية في مسألتين:

احداهما: اشتراط الشكلية لوقوع الطلاق فنص الفصل (٣٠) على انه (لا يقع الطلاق الاّ لدى المحكمة).

والثانية: اقرت مشروعية التبني في ملحق ونظم احكامه في الفصول (٨-١٥) ونصت في الفصل (١٥) على ان (للمتبنى نفس الحقوق التي للابن الشرعي وعليه ما عليه من الواجبات وللمتبني ازاء المتبنى نفس الحقوق التي يقرها القانون للابوين الشرعيين وعليه ما يفرضه من الواجبات عليهما).

ونأمل ان يعيد المشرع التونسي النظر في هاتين المسألتين وينظمها بما لا يصطدم مع نصوص الشريعة الاسلامية.

ثالثا: مدونة الاحوال الشخصية للمغربية لسنة ١٩٥٧[2]

نظمت احكام الزواج في الفصول (١-١٤) وانحلال ميثاق الزوجية في (٤٤-٨٢) والولاية ونتائجها في (٨٣-١٣٢) والأهلية والنيابة الشرعية في (١٣٣-١٧٢) والوصية في (١٧٣-٢١٦) والميراث في (٢١٧-٢٩٧) وفي نهاية كل موضوع نص فصل على ان: (كل ما لم يشمل هذا القانون يرجع فيه الى الراجح والمشهور او ما جرى به العمل من منهب الامام مالك).

---

(١) نشر بالرائد للجمهورية التونسية، عدد ٦٦، ١٧/اوت/١٩٥٦.

(٢) نشرت بالجريدة الرسمية، العدد (٢٣٥٤)، ٦/دجنبر:١٩٥٧.

وتتميز هذه المدونة بالميزات الآتية:

أ-تناولت احكام اكثر المسائل المهمة في الاحوال الشخصية بطريقة متسلسلة واضحة في صياغتها شاملة في بيانها اضافة الى انها لا تشتمل على حكم مخالف للشريعة الاسلامية.

ب-قانون وحيد سمى الزواج ميثاقا ولم يعتبره عقدا وحسنا فعل لانه مطابق لقوله تعالى ﴿وَأَخَذْنَ مِنكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾[١].

ج-قانون وحيد عالج حكم الطلاق في الحيض وأخذ برأي وسط بين القول بوقوع الطلاق والقول بعدم وقوعه أخذا بمذهب الامام مالك رحمه الله فنص الفصل (٤٧) على انه: (اذا وقع الطلاق والمرأة حائض اجبر القاضي الزوج على الرجعة)، غير انه يلاحظ على هذه المدونة انها تحيل القاضي في كل مسألة لم تتناولها الى مذهب الامام مالك فهذا المذهب رغم انه اقرب المذاهب الى الواقع وان الفقه الفرنسي تأثر به ٤٠٪ بحسب الدراسات التي جرت في المقارنة بين الفقه الفرنسي وهذا الفقه الا ان التقيد بمذهب معين في كل شيء امر مرفوض في المنطق الاسلامي.

رابعاً: قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩

من الفتح الاسلامي الى الاحتلال الانكليزي كان القانون الذي يلتزم به القضاء العراقي بتطبيقه هو الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامي وبوجه خاص فقه ابي حنيفة وفي عهد الاحتلال اصدر قائد جيش الاحتلال البريطاني بيانا في كانون الاول ١٩١٧ بموجبه اصبحت مسائل الاحوال الشخصية للامامية من اختصاص المحاكم المدنية تحكم فيها وفقا للمذهب الجعفري ومسائل الاحوال الشخصية لأهل السنة من اختصاص المحاكم الشرعية تحكم فيها بالمذهب الحنفي وفي العهد الملكي تم اقرار هذا التمييز كما صدر قانون الاحوال الشخصية للاجانب ١٩٣١[٢].

وفي العهد الجمهوري صدر قانون رقم ١٨٨ غير ان هذا القانون ولد ناقصا فلم يتناول اكثر مسائل الاحوال الشخصية وفي مقدمتها احكام الميراث بل احال للمادة (٩٠) القاضي الى ما كان عليه قبل تشريع هذا القانون بالنسبة لتوزيع التركات ثم اجريت

---

(١) سورة النساء- الآية: ٢١.

(٢) شرح قانون الاحوال الشخصية، للاستاذ محسن ناجي، ص:١١ ومابعدها.

عليه تعديلات استحدثت احكاما اكثرها بعيد من الشريعة الاسلامية والقوانين العربية والاسلامية ومن هذه الاحكام ما يأتي:

١-تنص (م٩/١) على انه: (يعتبر عقد الزواج بالاكراه باطلا اذا لم يتم الدخول، المفهوم المخالف لهذا الشرط هو ان الباطل يتحول الى الصحيح بالدخول ولو كان بالاكراه على اساس انه اجازة لاحقة ولم يقل اي قانون في العالم بان الباطل يتحول الى الصحيح بالاجازة اللاحقة. لذا اقترح تبديل تعبير: (باطلا) بتعبير (موقوفا او فاسدا).

٢-تنص (م٤٣/١) على ان للزوجة طلب التفريق: (اذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه)، جميع قوانين الدول الاسلامية وغير الاسلامية لا تعطي هذا الحق للزوجة الا بعد مضي سنة على الاقل من تنفيذ الحكم باستثناء القانون الروسي.

٣-تنص (م٤٣/٢) على ان للزوجة طلب التفريق: (اذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين فاكثر بلا عذر مشروع وان كان الزوج معروف الاقامة وله مال تستطيع الانفاق منه)، مع ان القرآن الكريم نص على ان لهذه الزوجة حق طلب تفريق بعد اربعة اشهر قال تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾[1]، لان سبب الحكم ضرر الزوجة وعلته ازالة هذا الضرر سواء حلف اليمين على الهجر او لا.

فقرتان متتاليتان في مادة واحدة اولاهما ضد مصلحة الزوج والثانية ضد مصلحة الزوجة.

٤-المادة (٩١/٢)[2] المعدلة اعطت للبنت مركزا اقوى من مركز الابن بدلالة المادة (٩٠) فمن مات من اهل السنة عن جد وجدة وابن لكل منهما السدس والباقي للابن، واذا مات عن جد وجدة وبنت تكون التركة كلها للبنت، وهذا ما لم يقل به اي قانون في العالم، لذا اقترح تعديل هذه الفقرة بالعبارة التالية: (وتكون البنت بمثابة الابن في الحجب).

---

(١) سورة البقرة – الآية ٢٢٦.

(٢) نص الفقرة: (٢- تستحق البنت والبنات في حالة عدم وجود ابن للمتوفي ما تبقى من التركة بعد اخذ الابوين والزوج الآخر فروضهم منها وتستحق جميع التركة في حالة عدم وجود اي منهم).

٥-العراق البلد الوحيد في العالم الاسلامي توزع التركات فيه على الورثة بطريقتين مختلفتين في القضاء بالنسبة لفئتين مؤمنتين باله واحد ونبي واحد وقرآن واحد وقبلة واحدة ووطن واحد ومصير واحد.

وعلى سبيل المثل من مات عن ابن بنت وابن عم الفقه السني يعطي كل التركة لابن العم، لأنه من العصبات، بينما الفقه الجعفري يعطي كلها لابن البنت، لأنه من المرتبة الأولى والدرجة الثانية من الورثة، فأحد الحكمين باطل لان حكم الله واحد.

خامسا: القانون السوري رقم (٣٤) لسنة ١٩٧٥

ورد في المذكرة الايضاحية لمشروع هذا القانون (ص٦) ما يأتي: كانت الحكومة العثمانية قد حصرت القضاء والافتاء بالصحيح الراجح من مذهب ابي حنيفة وسارت المحاكم ودوائر الفتوى على ذلك امدا طويلا تبين بعده ان من الضروري العدول عن القول الراجح في المذهب احيانا والأخذ من المذاهب الثلاثة الاخرى ومن مذهب غير الائمة الاربعة حيناً وجمع الاحكام الشرعية في مجموعات قانونية وذلك:

١-لان في المذهب (اي الحنفي) كثيرا من الاقوال المتعددة التي لم يبين ايها الراجح فكان الاختلاف من جراء ذلك في القضاء والافتاء كثيرا.

٢-لان المذهب الحنفي واسع وفروعه كثيرة وكتبه متعددة فكان يصعب على بعض القضاة وعلى المتخاصمين الوصول الى الحكم بسهولة وسرعة.

٣-لما تغير من الاعراف وما جد من الحوادث التي دعت الضرورة للأخذ فيها بغير ما استقر عليه المذهب الذي بنى حكمه في امثالها على عرف ذلك العصر وحوادثه.

وقد تضمن هذا القانون احكام الزواج في المواد (١-٨٤) وانحلال الزواج (٨٥-١٢٧) والنسب (١٢٨-١٦١) والأهلية والنيابة والولاية الشرعية (١٦٢-٢٠٦) والوصية (٢٠٧-٢٥٩) والمواريث (٢٦٠-٣٠٥).

ونصت (م/٣٠٥) على ان كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه الى القول الارجح في المذهب الحنفي.

ولا نجد في هذا القانون حكما يتعارض مع احكام الشريعة الاسلامية غير انه يلاحظ عليه احالة القضاء الى مذهب واحد في حالة غياب النص.

سادسا: القانون الاردني رقم (٦١) لسنة ١٩٧٦

تناول احكام الزواج في المواد (١-٨١) والطلاق (٨٢-١٠١) والمخالعة (١٠٢-١١٢) والتفريق (١١٣-١٣٤) والعدة (١٣٥-١٤٦) والنسب (١٤٧-١٤٩) والرضاع (١٥٠-١٥٣) والحضانة (١٥٤-١٦٦) ونفقة الاقارب (١٦٧-١٧٦) واحكام المفقود (١٧٧-١٧٩) وميراث الاولاد الأم (م١٨٠) والوصية الواجبة (م١٨٢).

ونصت المادة (١٨٢) على ان (ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه الى الراجح من مذهب ابي حنيفة) ويلاحظ على هذا القانون ما اوردناه على القانون السوري اضافة الى ما في هذا القانون من نواقص كثيرة في احكام الاحوال الشخصية وبوجه خاص احكام الميراث والوصية.

سابعا: القانون الجزائري لسنة ١٩٨١

جاء في مقدمة مشروع هذا القانون ما يأتي: اعتمدت اللجنة في وضع هذه النصوص على المصادر الاساسية التالية:

١-القرآن الكريم.

٢-السنة النبوية الثابتة ثبوتا مقبولا عند علماء الحديث.

٣-الاجماع.

٤-القياس.

٥-الاجتهاد

٦-الفقه على المذاهب الاربعة وعند غير الائمة الاربعة في بعض المسائل.

٧-وكذا على نصوص تشريعية اخرى لدول شقيقة هي:

٨-قانون الاحوال الشخصية السوري.

٩-مدونة الاحوال الشخصية المغربية.

١٠-مدونة الاحوال الشخصية التونسية.

وتناول احكام الزواج في المواد (١-٤٢) وانحلال الزواج (٤٣-٦٢) ونفقة الزوجة والاقارب (٦٣-٦٩) والاهلية (٧٠-٧٥) والولاية (٧٦-٨٠) والوصاية (٨١-٩٧) وللمفقود الغائب (٩٨-١٠٤) والكفاءة (١٠٥-١١٥) واحكام الميراث (١١٦-١٨٨) والوصية (١٨٩-٢٠٦) والهبة (٢٠٧-٢١٧) والوقف (٢١٨-٢٢٨).

ويعتبر هذا القانون اشمل وأدق القوانين العربية في احكام الميراث واكثرها تأثراً بأحكام الشريعة الاسلامية دون تقيد بمذهب معين.

ثامنا: القانون اليمني رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢

نصت المادة الاولى من هذا القانون على انه يسمى هذا القانون قانون الاحوال الشخصية.

وتناول احكام الزواج في المواد (٢-٤٢) وانحلال الزواج واحكامه (٤٣-٨٩) والطهارة والايلاء واللعان والمفقود (٩٠-١٢٠) والنسب والرضاعة والحضانة (١٢١-١٤٨) والنفقات واحكامها (١٤٩-١٦٧) والهبة (١٦٨-٢٠٢) والهدية (٢٠٣-٢٠٥) والصدقة (٢٠٦-٢٠٧) والنذر (٢٠٨-٢١٩) والوصية (٢٢٧-٢٩٨) والميراث (٢٩٩-٣٥١).

ويعتبر هذا القانون اشمل قانون عربي استقى مباشرة من الفقه الاسلامي دون تقيد بمذهب معين، وله ملحق وهو قانون الاثبات رقم (٢١) لسنة (١٩٩٢)، وهو ايضا يمثل احكام الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامي.

ولضيق المجال اكتفي بهذه القوانين العربية الحديثة للأحوال الشخصية كنماذج لأثر احكام الشريعة فيها ولنا امل وطيد ان يكون يوم توحيد هذه القوانين قريبا حتى يصبح القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية قدوة لقوانين سائر البلاد الاسلامية.

المبحث الثاني
اثر احكام الشريعة
في القوانين المدنية العربية الحديثة

القوانين المدنية في جميع دول العالم تنظم العلاقات المالية بصورة مباشرة او غير مباشرة، ومستلزمات هذه العلاقات خاضعة للتطور والتغيير في كل زمان ومكان لأنها من نتاج العقل السليم والعقل واحد لدى كل انسان وانما الفروق بالممارسة والخبرة والتأثر بالمعتقدات والمستوى الثقافي وفهم الحياة.

ونجد ان القرآن الكريم اقتصر في هذا المضمار على بيان مبادئ عامة لا تتأثر بالمتغيرات والمستجدات والتطورات الاقتصادية، ومن هذه المبادئ:

١-التراضي في عقود المعارضات، قال تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾[1] والتراضي من باب تفاعل للمشاركة فلا يكفي رضاء احد الطرفين دون الآخر.

٢-طيبة النفس في التبرعات، قال تعالى: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾[2].

٣-التوازن بين العوضين في العقود الملزمة للجانبين، قال تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾[3]، والمراد بالبيع كل عقد يتوفر فيه التوازن بين العوضين، والمقصود بالربا كل عقد معاوضة يختل فيه التوازن بكسب احدهما مصلحة على حساب الاخر بدون مبرر شرعي.

٤-الوفاء بالالتزامات المترتبة على العقود: قال تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[4]، اي اوفوا بالالتزامات المترتبة على العقود.

---

[1] سورة النساء – الآية ٢٩.

[2] سورة النساء – الآية ٤.

[3] سورة البقرة – الآية ٢٧٥.

[4] سورة المائدة – الآية ١.

٥-على كل انسان يكون في ذمته او حيازته حق للغير ان يرده لصاحبه وان لم يطالب به او لم يملك بينة، قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا﴾[1]، والمراد بالامانة كل ما يجب على الانسان ان يقوم به تجاه غيره.

٦-توثيق العقود ورعاية الشكلية في كل عقد يتعرض للخصومات والمنازعات، قال تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ.. وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ.. وَإِنْ كُنتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾[2].

هذه المبادئ الست والقواعد الكلية لا تتغير بتغير الزمان والمكان ومستجدات الحياة لذا اقتصر عليها القرآن وخول العقل البشري ارجاع الجزئيات الى تلك الكليات وتنظيم حياته الاقتصادية ومتطلبات معاملاته المالية شريطة ان يكون تحرك العقل داخل اطار من الاخلاق لأن هذا الاطار من حدود الله، وقال تعالى: ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾[3].

وبناء على ذلك فان نسبة كثيرة من القوانين المدنية في العالم لا تتعارض مع الشريعة الاسلامية سواء كانت متأثرة بها او لا، وفي حالة التأثر بها تكون نسبة التوافق اكثر كما في قوانين الدول العربية والاسلامية لأنها منذ فجر الاسلام كانت خاضعة لهذه الشريعة في جميع علاقاتها لكن بعد احتلالها من الدول الاستعمارية حلت محل الشريعة الاسلامية قوانين حديثة وهي متأثرة بتشريعات تلك الدول الاستعمارية، وبعد تحررها أخذت تتجه نحو استرداد مجدها الاول وتقترب من الشريعة الاسلامية التي كانت تحكم هذه الأمة في أوج عظمتها حيث كانت شعوب سائر الدول يحكمها قانون الغاب.

غير ان هذه النهضة التشريعية الحديثة نجدها متفاوتة في القوانين المدنية الحديثة فمنها متأثرة بالشريعة الاسلامية ١٠٠٪ كالقانون المدني اليمني رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢ والقانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ ومنها متأثرة بها ٩٠٪ كالقانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ والقانون الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠.

ومنها تأثرها بالشريعة الاسلامية لا يزيد على تأثرها بالفقه الغربي والقوانين الاجنبية الحديثة في العالم غير الاسلامي كالقانون المدني المصري (١٣١) لسنة ١٩٤٨ والقوانين

---

[1] سورة النساء – الآية ٥٨.

[2] سورة البقرة – الآيتان ٢٨٢-٢٨٣.

[3] سورة الطلاق- الآية:١.

العربية الاخرى المتأثرة بالقانون المصري كالمدني السوري والليبي واللبناني.

ولعدم امكان احصائية دقيقة في هذا المجال وتعذر الاحاطة بجميع المسائل التي تأثر فيها القانون المدني العربي بالشريعة الاسلامية او الفقه الاسلامي اكتفي بذكر بعض الشواهد على نسبة التأثر وبعض الاحكام المترتبة على هذا التأثر سواء كان ذلك بالنسبة للفقه الغربي او الفقه الاسلامي.

من الشواهد على التأثر بأحد الفقهين الاسلامي والغربي

١- القانون المدني العراقي النافذ: المادة (١) (١- تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. ٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكمت المحكمة بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون، دون التقيد بمذهب معين، فإذا لم يوجد، فبمقتضى قواعد العدالة.

٢- القانون المدني الاردني النافذ: المادة (٢): (١- تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بالفاظها ومعانيها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص. ٢- فاذا لم تجد المحكمة نصا في هذا القانون، حكمت بأحكام الفقه الاسلامي الاكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية. ٣- فإن لم توجد حكمت بمقتضى العرف، فان لم يوجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة، ويُشترط في العرف أن يكون عاماً وقديماً، ثابتا ومضطرداً، ولا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب).

٣- القانون المدني القطري النافذ: المادة (١) (١- تسري النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو بمفهومها. ٢- إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية، فإذا لم يجد حكم بمقتضى العرف، وإلاّ فبمقتضى قواعد العدالة).

٤- القانون المدني اليمني النافذ: المادة (١) (١- يسري هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الاسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي تتناولها نصوصه لفظاً ومعنىً، فإذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه، يُرجع الى مبادئ الشريعة الاسلامية المأخوذ منها هذا القانون، فإذا لم يوجد، حكم القاضي بمقتضى العرف الجائز شرعاً، فإذا لم يوجد عرف، فبمقتضى مبادئ العدالة الموافق لأصول الشريعة

الاسلامية جملة، ويُشترط في العرف أن يكون عاماً ثابتاً ولا يتعارض مع نظام العام والآداب العامة).

وخلاصة ما ورد في القوانين المذكورة: القانون المدني العراقي (م١) والمصري (م١) والسوري (م١) والليبي (م١) والكويتي (م١): (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او فحواها فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف فاذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون تقيد بمذهب معين، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ العدالة).

ويلاحظ على هذه القوانين ما يلي:

١- قدّم العراقي العمل بالعرف على العمل بالشريعة الاسلامية.

٢- قُيدت مبادئ الشريعة الاسلامية بالملائمة، علما بأنه لا يوجد في هذه الشريعة مبادئ غير ملائمة، فكان المفروض ان يذكر الفقه الاسلامي بدلا من الشريعة الاسلامية.

٣- تعبير: (في لفظها او فحواها) الوارد في هذه القوانين، باستثناء القانون الكويتي والقانون القطري، تعبير غير دقيق، فالصواب: (بمنطوقها او مفهومها)، لأن الاول يعطي الصلاحية للقاضي ان يستقي الاحكام من النصوص عن قناتين فقط، وهما المنطوق الصريح والمفهوم الموافق، في حين ان الثاني يعطي الصلاحية عن ست قنوات، وهي: (المنطوق الصريح، ودلالة الاشارة، ودلالة الاقتضاء، ودلالة الايماء، والمفهوم الموافق، والمفهوم المخالف).

٤- يوجد تناقض في القانون المدني الكويتي النافذ بين تأثره بالقانون المدني المصري وبين ما جاء في مقدمته (ص١٣): (واصبح للكويت قانون مدني على مستوى رفيع وتتفق مع احكام الشرع الاسلامي الاغر).

٥- قرأت رسالة لدى استاذنا الفاضل المرحوم ضياء شيت خطاب، بخط المرحوم السنهوري، الذي ساهم في اعداد مشروع القانون المدني العراقي النافذ وهو يعاتب من معه في لجنة الاعداد على تقديمهم العرف على الشريعة الاسلامية.

وورد في مجموعة الاعمال التحضيرية لمشروع القانون المدني المصري الجديد ما يأتي:

وقد استند المشروع الى مصادر اربعة:

أولا: القانون المدني الحالي (اي القانون المدني القديم المختلط، ومن الواضح ان هذا القانون الذي اصبح مصدرا كان في عهد الاحتلال البغيض وساهم في تشريعه من لا اخلاص له للعرب ولا صلة له بالاسلام)[1].

ثانيا: القضاء المصري: وقد توسع المشروع في الأخذ باحكام ما استقر من هذا القضاء.

ثالثا: التقنيات المدنية الحديثة ففي فجر القرن التاسع عشر بدأت حركة واسعة في التقنين المدني كانت باكورتها القانون الفرنسي (قانون نابليون) واعقبته تقنيات اخرى لاتينية نسجت على غراره في ذلك القرن وقد اقتضى مشروعنا المصري حذو هذه التقنيات.

رابعا: الشريعة الاسلامية وقد استمد المشروع كثيرا من نظرياتها العامة وكثيرا من احكامها التفصيلية.

ويستنتج من هذه الشواهد وغيرها ان نسبة التاثر باحكام الشريعة الاسلامية في القانونين الاردني واليمني زهاء ١٠٠٪ وان نسبة التأثر بالشريعة الاسلامية في القوانين المتاثرة بالقانون المصري باستثناء القانون المدني العراقي ٢٥٪.

من الآثار المترتبة على التاثر بالفقهين الاسلامي والغربي

من الآثار المترتبة على الاختلاف في التأثر بالشريعة الاسلامية (او الفقه الاسلامي) والفقه الغربي ما يأتي:

أولا: تقسيم العقود:

اختلفت القوانين المدنية العربية الحديثة في تقسيم العقد بحسب اختلافها في التأثر بالفقه الاسلامي او الغربي.

فاتجهت القوانين للتاثرة بالفقه الاسلامي الى التقسيم الخماسي او الرباعي بينما اخذت القوانين الاخرى بالتقسيم الثلاثي السائد في الفقه الغربي.

---

[1] ملاحظة ما بين القوسين من تعليقي وليس من مجموعة الاعمال التحضيرية.

أ-التقسيم الخماسي:

من القوانين التي اخذت بهذا التقسيم قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ في المواد (٦ و ٢٢) والقانون المدني العراقي النافذ للمواد (١٦٧-١٧٥) والقانون المدني اليمني القائم المواد (١٤١-١٤٧) فقسمت هذه القوانين العقد الى العقد الباطل والفاسد والموقوف والنافذ غير اللازم والنافذ اللازم.

١-**العقد الباطل**: هو العقد الذي لا يكون مشروعا لا بأصله ولا بوصفه بان اختل ركن من اركانه او شرط من شروط انعقاده. والباطل والمعدوم سيان فلا تترتب عليه آثاره الشرعية (القانونية الأصلية).

٢-**العقد الفاسد**: هو العقد الذي يكون مشروعا بأصله (شروط انعقاده) وغير مشروع بوصفه (شروط اكماله) وله وجود قانوني (شرعي) لكن يجب فسخه من العاقدين ومن القاضي بعد علمه به او ازالة فساده، فاذا ازيل هذا السبب يتحول الى الصحيح تلقائيا بخلاف الباطل فانه لا ينقلب الى الصحيح اذا ازيل سبب بطلانه بل يجب ان يستأنف مجددا اذا اراد العاقدان.

٣-**العقد الموقوف**: هو العقد الذي ينعقد صحيحا لكن لاينتج اثاره (الحقوق والالتزامات) الا بعد اجازة من له حق مباشرته، كبيع الفضولي فينعقد في مذهب الامام مالك وابي حنيفة وبه اخذ القانون المدني العراقي والاردني واليمني وينتج اثاره بعد اجازة المالك بالأثر الرجعي، وعقد ناقص الاهلية اذا كان من المعاوضات، غير ان المشرع العراقي اعتبره موقوفا في المادة (٩٧) متأثرا بالفقه الاسلامي وعده قابلا للابطال في المادة (٣/١٣٨) متأثرا بالفقه الغربي وبذلك وقع في التناقض.

٤-**العقد النافذ غير اللازم**: هو العقد الذي ينعقد صحيحا وينتج اثاره غير ان لكل من العاقدين او لأحدهما فسخه بارادته المنفردة لطبيعته كعقد الوكالة والاعارة بالنسبة للعاقدين وعقد الرهن بالنسبة للدائن المرتهن او لسبب عارض كخيار من الخيارات المقترنة بالعقد.

٥-**العقد النافذ اللازم**: هو العقد الذي لايحق لأي من العاقدين فسخه بارادته المنفردة بعد توافر شروط انعقاده وصحته ونفاذه ولزومه كعقد البيع.

وهذا التقسيم الخماسي هو مذهب أبي حنيفة وقد علل قوله بأن العقد الفاسد كمرحلة بين مرحلتي الصحة والبطلان بأنه لو اعتبر باطلا للزمت التسوية بين ما هو مشروع بأصله

وغير مشروع بوصفه (اي الفاسد) وبين ما ليس مشروعا لا بأصله ولا بوصفه (الباطل) وهذا خلاف العقل السليم والمنطق.

ولو اعتبر صحيحا للزمت التسوية بين المشروع بأصله ووصفه (الصحيح) والمشروع بأصله وغير المشروع بوصفه وهذا ايضا يصطدم مع العقل السليم والمنطق.

ب-التقسيم الرباعي:

اخذ به المشرع العراقي في المدني النافذ وقسمه الى الاقسام المذكورة باستثناء العقد الفاسد رغم انه أخذ به في قانون الاحوال الشخصية كما ذكرنا، وهذا هو رأي جمهور فقهاء الشريعة الاسلامية فنظم المدني العراقي احكام هذه الاقسام الاربعة في المواد (٩٧، ١٣٣، ١٣٤، ١٣٥، ١٣٦، ١٣٧، ١٣٨).

ج-التقسيم الثلاثي:

وهو تقسيم غربي يقسم العقد الى الباطل والقابل للابطال والصحيح، والقابل للابطال في الفقه الغربي يساوي مفهوما وتطبيقا النافذ غير اللازم في الفقه الاسلامي رغم خلط بعض شراح القانون المدني في العراق وفي مصر بينه وبين العقد الموقوف.

وأخذ بهذا التقسيم كل قانون متأثر بالقانون المصري المتأثر بالفقه الغربي كالمدني السوري والليبي واللبناني والكويتي.

وتقع مسؤولية القوانين العربية التي وقعت في التناقضات نتيجة الاخذ بالتقسيم الثلاثي على فقهاء القانون في العالم العربي.

رغم اعتراف هؤلاء الفقهاء بأهمية العقد الفاسد والعقد الموقوف وعلى سبيل المثال دون الحصر استشهد برأي فقيهين كبيرين وعالمين جليلين من علماء القانون في مصر.

يقول المرحوم السنهوري[1]: "على الرغم من ان العقد الفاسد في المذهب الحنفي لا ينتج في الاصل أثرا وان وجوده على خطر الزوال اذ هو مستحق الفسخ يقوم بدور مهم في حماية الغير وحماية العاقد نفسه فهو بعيد عن ان يكون عقدا باطلا لا أثر له فالعقد الفاسد يفارق العقد الباطل في أمر جوهري وهو انه اذا ازيل منه الفساد انقلب صحيحا وانتج اثره لا كواقعة مادية بل كتصرف شرعي"؟

---

[1] مصادر الحق: ٢٧٤/٤، نقلته بالاختصار فمن اراد المزيد فليراجع هذا المرجع.

ثم يقول: وقد اثنى فقهاء القانون على صنيع ابي حنيفة هذا لان العقد الفاسد يحمي كثيرا من العقود من الانهيار.

ويقول الاستاذ سليمان مرقس[1] : "من الضروري ان يعمل القضاء المصري بالعقد الموقوف رغم سكوت المشرع، ومن الضروري التمييز بين العقد القابل للابطال، والعقد الموقوف في الشريعة الاسلامية عقد توافرت فيه شروط الانعقاد وشروط الصحة غير انه صدر من شخص لا ولاية له في انشائه كعقد الفضولي وعقد الوكيل خارج حدود وكالته وعقد الوصي خارج حدود وصايته وحكمه: ان لا يترتب عليه اثر قبل الاجازة في حين ان العقد القابل للابطال ينتج جميع آثاره من وقت ابرامه. ولم يذكر التقنين الحالي (القانون المدني المصري الجديد) شيئا من العقد الموقوف إذ اقتصر على العقد الصحيح والباطل والقابل للابطال، فكان ذلك سببا في الخلط احيانا كثيرة بين العقد القابل للابطال والعقد الموقوف، وقد أدى ذلك الى وصف بعض العقود بأنها قابلة للابطال لمجرد صلاحيتها لورود الاجازة عليها، على الرغم مما هو مسلم بأن هذه العقود لا تنتج قبل اجازتها اي اثر كعقد الوصي او الولي خارج حدود ولايته دون اذن المحكمة وعقد الفضولي ونحو ذلك والصواب ان هذه العقود موقوفة على الاجازة".

اهمية التقسيم الخماسي

لهذا التقسيم أهمية كبيرة في الحياة العملية منها:

١-في العقد الموقوف حماية لمصلحة من تقرر التوقف لمصلحته كمصلحة ناقص الاهلية في تصرفاته من المعارضات ومصلحة المالك في العقد الفضولي ومصلحة الدائن المرتهن في بيع المرهون عن الدين بدون اذن للمدين الراهن لان التوقف يحمي مصلحته اكثر من حق التتبع ونحو ذلك.

٢-في العقد الفاسد حماية كثير من العقود من الانهيار حيث تتحول تلك العقود الفاسدة الى صحيحة بمجرد ازالة سبب فسادها او الاجازة اذا كان فساد العقد للاكراه.

٣-في الزواج الفاسد بخلاف الباطل اذا حصل الدخول تترتب عليه الاثار الشرعية الاتية:

أ-نسب الولد الذي يتكون من هذا الدخول شرعي حماية لمستقبله.

---

[1] الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات نظرية العقد والارادة المنفردة: ٤٢٤/١ — ٤٢٦، وأصول الالتزامات ص٢١١، نقلته بالاختصار.

ب-على المدخول بها العدة من تاريخ التفريق بينهما كالمطلقة.
ج-يجب للمدخول بها مهر المثل او الاقل منه من المسمى تعويضا عن الضرر المعنـوي الذي لحق بها.
د-تسقط عقوبة الزنا للشبهة.
هـ- تثبت به المصاهرة كالدخول الشرعي.

ثانيا: في المسؤولية التقصيرية

في القوانين المتأثرة بالفقه الغربي عناصر المسؤولية التقصيرية: (الخطأ + الضرر + علاقة السببية).

والخطـأ في الفقه الغربي" هو الاخلال بواجب قانوني مع ادراك المخل اياه، فيتوقف الخطأ على عنصرين: مادي (هو الاخلال بواجب قانوني)، ومعنوي (هو ادراك المخل لاخلاله).

ورتبت القوانين الغربية والقوانين العربية المتأثرة بها على ذلك عدم المسؤولية التقصيرية لكل من الحق الضرر بالغير بغير ارادة حرة مدركة كعديم التمييز والساهي والخاطئ والمغمـى عليه ونحو ذلك من كل فاقد ادراك او لغرض خارجي، وهذا يتعارض مـع العدالـة فمـا هـو ذنب المضرور؟ وبوجه خاص اذا كـان لمحـدث الضـرر امكانيـة ماليـة. امـا عناصـر هـذه المسؤولية في الفقه الاسلامي والقوانين المتأثرة به كالقانون المدني العراقـي (م/١٩١) فهـي ثلاثة ايضا:

(العمل غير المشروع + الضرر + علاقة السببية).

فلا يشترط للالزام والإلتزام بالتعويض توافر الخطأ بالمفهوم الغربي بل يكفـي ان يكـون العمل غير مشروع في حد ذاته كالاتلافات بدون مبرر بغض النظر على اهلية الفاعـل هـذا اذا كان احداث الضرر بالمباشرة اما اذا كان بالتسبب فانه لا فرق بين الفقه الاسلامي والفقه الغربي في اشتراط توافر عنصر الخطأ.

ثالثا: في الفوائد الربوبية

من الواضح ان الفوائد الربوية على القروض والديون محرمة بنص القرآن الكريم بطريقـة قاطعة لاتقبل الاجتهاد والتأويل ورغم ذلك اقرتها القـوانين المدنيـة العربيـة الحديثـة الـتي

تأثرت بالفقه الغربي بسبب الاستعمار والاحتلال الاجنبي ومع ذلك شعر المشرع لهذه القوانين بالمسؤولية امام الله فاتجه الى تضييق نطاقها عن الطرق الآتية:

١-تحريم تقاضي الفوائد على متجمدة الفوائد كما في المدني المصري (م/٢٣٢)، والسوري (م/٢٣٣)/ والليبي (م/٢٣٥)، والعراقي (م/١٧٤)، واللبناني (م/٧٦٨)، غير ان هذا الاخير يجيز الفوائد على الفوائد المتجمدة بشرطين:

احدهما ان لا تقل الفوائد المتجمدة عن فوائد سنة.

والثاني ان يتم اتفاق الدائن والمدين مسبقا عليها.

٢-وضع الحد الاقصى لسعر الفائدة في المصري (م٢٢٧/١):٧٪، في السوري (م٢٣٨/١) ٩٪، في الليبي (م٢٣٠/١) ١٠٪، في العراقي (م١٧٢/١) ٧٪.

٣-اذا لم يكن هناك اتفاق على تقاضي الفوائد فلايجوز للدائن ان يتقاضى الفوائد على الدين: المصري (م/٥٤٢)، السوري (م/٥١٠)، الليبي (م/٥٤١)، العراقي (م٦٩٢/١)، اللبناني (م٧٦٦/١).

٤-لاتسري فوائد التأخير الا عن وقت المطالبة القضائية بها: العراقي (م/١٧١)، السوري (م٢٧٧)/ الليبي (م/٢٢٩).

٥-لا يجوز ان تكون الفوائد اكثر من رأس المال: المصري (م/٢٣٢)، العراقي (م/١٧٤)، السوري (م/٢٣٣)/ الليبي (م/٢٣٥).

٦-اذا تسبب الدائن بسوء نية في اطالة النزاع جاز تخفيض الفوائد او عدم القضاء بها: العراقي (م/١٧٣/٣)، المصري (م/٢٢٩)، السوري (م/٢٣٠)، الليبي (م/٢٣٣).

٧-في عقد القرض اذا اتفق على فوائد جاز للمدين بعد (٦) اشهر على القرض ان يبدي رغبته في الغاء العقد ورد ما اقترضه[١].

هذه المحاولات لتضييق نطاق الفوائد الربوية – بعد اقرار اباحتها بتأثير من القوانين الغربية – قام بها المشرع في القوانين المذكورة بعد تحرير بلادها من الاستعمار الاجنبي وبعد شعورها بان تحليل هذه الفوائد مخالف للنظام العام في البلاد العربية وهو الشريعة الاسلامية، ونتمنى ان يأتي يوم –قريبا- يرجع فيه المسلمون الى الشريعة الاسلامية التي كانت هي القانون الوحيد لهذه الدول حين كان في أوج عظمتها.

---

[١] مصادر الحق، للسنهوري: ٢٤٤/٣، ومابعدها.

اما القوانين المدنية العربية الحديثة المتأثرة بالشريعة الاسلامية اقـرت بنصـوص صـريحة تحريم هذه الفوائد بصورة مطلقة عملا بالدستور الالهي الذي حرم كافة انواع الفوائد.

ومن هذه التقنيات:

أ-المدني الاردني النافذ (م/٦٤٠): (اذا اشـترط في عقـد القـرض منفعـة زائـدة علـى مقتضى العقد سوى توثيق حق القرض لغى الشرط وصح العقد).

ب-المدني اليمني تناول هذا القانون موضوع الربـا وشـروط الاسـتبعاد عنـه في المـواد (م/٥٦٨-٥٧٥) ونص في (م/٦٢٠) على انه: (لايجوز ان يجر القرض علـى المقـرض اية منفعة، ولا يجوز ان يشترط المقترض انقاص ما اقترضه ولا يجوز شرط عقد آخـر في القرض).

د-المدني الكويتي النافذ (م/٥٤٧)": (يكون الاقتراض بغير فائدة ويقع باطلا كل شرط يقضي بخلاف ذلك دون مساس بعقد القرض ذاته ويعتـبر بحكـم الفائـدة كـل منفعـة يشترطها المقرض).

هـ-المدني الموريتاني رقم(٨٩/١٢٦) لسنة ١٩٨٩ قانون الالتزامـات والعقـود: نصـت (م/٨١٤) على ان : (اشتراط الفائدة من الافراد باطل ومبطل للعقد الذي يتضـمنه سواء جاء صريحا او اتخذ شكل هدية او اي نفع اخر للمقرض او لاي شخص غيره يتخذ وسيطا له).

ويلاحظ على هذا القانون انه حصر حظر الفائدة الربوية في الاشخاص الطبيعـيين بقولـه (من الافراد) ويا حبذا لو بدل تعبير: (الافـراد) بـ(الاشـخاص) حتـى يشـمل الشـخص المعنوي ايضا.

واكتفي بهذا القدر لبيان مدى اثر احكام الشريعة الاسلامية في القوانين المدنية العربيـة الحديثة لضيق المجال وسعة الموضوع.

المبحث الثالث

اثر احكام الشريعة الاسلامية

في القوانين الجزائية العربية الحديثة

الجريمة في الشريعة الاسلامية كل ما هو محظور معاقب عليه سواء كان قولا كالقذف او فعلا كالقتل او امتناعا كالكف عن اداء الشهادة الواجب اداؤها.

والمعيار الموضوعي العقلي والشرعي للتمييز بين ما هو مباح وما هو محرم في الشريعة الاسلامية هو ان كل مافيه نفع خاص او عام او مشترك فهو مباح ما لم يترتب عليه ضرر معادل له او اكثر منه.

وكل ما فيه ضرر خاص او عام او مشترك فهو محظور معاقب عليه اذا اقترن بقصد جنائي ويوجب الضمان اذا لم يقترن به مالم يترتب على هذا الضرر نفع عام كالعقوبة فهي ضرر محض لكن تحمي الارواح والاعراض والاموال والاستقرار لذا اقرتها الشرائع الالهية والقوانين الوضعية.

وعلى أساس هذا المعيار قال فلاسفة المعتزلة بامكان عقل الانسان ان يدرك الاحكام الشرعية الخمسة (الوجوب، الندب، الحرمة، الكراهة، والاباحة) لتصرفات الانسان قبل الشرع على اساس الحسن والقبح العقليين المبنيين على النفع والضرر، فكل ما في فعله نفع وفي تركه ضرر فهو واجب كالعدل وكل ما في تركه نفع وفي فعله ضرر فهو محرم كالظلم وهكذا.

وهذه الفكرة الفلسفية الاسلامية سبقت فكرة القانون الطبيعي ونظرية تقسيم الجرائم الى القانونية والطبيعية.

وينبني على المعيار المذكور ان جميع التشريعات الجزائية في الكرة الارضية في الماضي والحاضر والمستقبل تلتقي مع الشريعة الاسلامية في كثير من العناصر والاحكام سواء كان هذا التلاقي من باب الاتفاق او من فصيلة التأثر بالشريعة الاسلامية.

اقسام الجرائم والعقوبات في الشريعة الاسلامية

قسم فقهاء الشريعة باعتبار الحق المعتدى عليه وخطورته والتنصيص على التجريم والعقاب الى ثلاثة اقسام رئيسة وهي تشمل جميع اقسام الجريمة في القانون الوضعي سواء كانت جناية او جنحة او مخالفة.

القسم الاول: جرائم الحدود:

وهي جرائم الاعتداء على حق الله (الحق العام) كالردة وتعاطي المسكرات او على حق مشترك يكون حق الله فيه هو الغالب كالسرقة والزنا او يكون الحق الخاص هو الغالب كالقذف. ومن اهم هذه الجرائم (الزنا، والقذف، والسرقة، وقطع الطريق، السرقة الكبرى، والارتداد، وتعاطي المسكرات). وعقوبتها الجلد والاعدام وقطع اليد، اذا توافرت جميع اركانها وشروطها وانتفت موانعها.

ميزات عقوبات الحدود

تتميز هذه العقوبات بالآتي:

١. الجريمة والعقوبة ثابتتان بالنص الشرعي (القرآن الكريم والسنة النبوية). وأقرت الشريعة الإسلامية قبل القانون بمئات السنين بمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص).
٢. لا تتأثر بالظروف المشددة والمخففة بل تطبق كما حددت في النص النبوية).
٣. لكل بالغ عاقل تحريك الدعوى ضد الجاني لانه من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر.
٤. لا تطبق الا بعد اتخاذ الاجراءات القضائية وصدور الحكم وتصديق ولي الامر (رئيس الدولة).
٥. عقوبات ذات طابع عام وتسمى حقوق الله المحضة لذا لا يملك احد اعفاء الجاني من مسؤوليته الجنائية بعد رفع الامر الى القضاء.
٦. عقوبات متداخلة بمعنى ان من ارتكب جريمة الزنا او تعاطي المسكر مثلا عدة مرات والقي القبض عليه وحكم فلا يعاقب الا على المرة الاخيرة عند جمهور فقهاء الشريعة.
٧. تسقط بالشبهات وتحل محلها عقوبات تعزيرية كالسرقة بين الزوجين او بين الاصول والفروع او وقت الحاجة.

٨. لرجوع الشاهد عن شهادته والمقر عن اقراره قبل تنفيذ الحكم اثر فلا يجوز التنفيذ بعد ذلك اذا كانت الجريمة ثابتة بالشهادة او الاقرار.

القسم الثاني: جرائم القصاص والدية:

هي جرائم الاعتداء على حياة الانسان وسلامته وبما ان حياة الانسان مشتركة بينه وبين المجتمع تكون العقوبة من حيث التنفيذ بين المجتمع الممثل بالدولة وبين أسرة المجني عليه (ولي الدم) غير ان الحق الخاص هو الغالب لان مأساة الجريمة ونتائجها السلبية بالنسبة للأسرة اكثر مما تلحق بالمجتمع، وبناء على ذلك يكون حق الورثة في تنفيذ العقاب اكثر من حق الدولة بناء على القاعدة الشرعية والقانونية العامة (الغنم بالغرم) فما دام غرم اسرة المجني عليه اكثر فغنمها يجب ان يكون اكثر لذا قال سبحانه وتعالى: (وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا)[1]، والسلطان هو الخيار بين المطالبة بتنفيذ القصاص والعدول الى التعويض (الدية) والتنازل. وفي الحالتين الاخيرتين للدولة عقاب الجاني بالسجن او الحبس كعقوبة تعزيرية على اعتدائه على الحق العام. وجدير بالذكر ان هذا الخيار لايعمل به اذا كان الجاني قد ارتكب هذه الجريمة مرة اخرى سابقا.

ميزات عقوبات القصاص والدية:

تتميز هذه بالآتي:

١. الجريمة والعقوبة ثابتتان بالنص.

٢. الحق المعتدى عليه مشترك بين الفرد والمجتمع والحق الخاص هو الغالب.

٣. اذا كانت الجريمة عمدية وتوافرت أركانها وشروطها وانتفت موانعها يجب القصاص ما لم يتنازل ولي الدم.

٤. ليس لولي الامر (رئيس الدولة) سلطة العفو العام او الخاص في عقوبات جرائم القصاص والدية وانما يكون هذا الحق لورثة المجنى عليه.

٥. للمجنى عليه اذا كان على قيد الحياة ولورثته بعد الممات حق الخيارات الثلاثة المذكورة.

٦. يخضع القصاص للاجراءات القضائية وتصديق رئيس الدولة.

---

(١) سورة الاسراء – الاية: ٣٣.

٧. في حالة القتل شبه العمد (الضرب المفضي الى الموت) والقتل خطأ تجب الدية دون القصاص وتكون في مال الجاني في الحالة الاولى وعلى العاقلة في الحالة الثانية.

القسم الثالث: جرائم التعازير

وهي جرائم الاعتداء على الحقوق العامة والخاصة ما عدا المذكورة في القسمين السابقين.

والتعزير عقوبة ترك الشارع استحداثها وتحديدها لرئيس الدولة بتعاون مع اهل الشورى وجرائم التعزير ثلاثة أنواع:

النوع الاول:

كل جريمة حدية حصلت فيها الشبهة تتحول تلقائيا الى جريمة تعزيرية كالزنا اذا لم يثبت باربعة شهود والسرقة بين الاصول والفروع او بين الزوجين او الشريكين او في وقت الحاجة والفقر.

النوع الثاني:

كل جريمة ورد النص على تحريمها دون تحديد عقوبتها كالتجسس والرشوة والغصب وخيانة الامانة والتزوير ونحو ذلك.

النوع الثالث:

كل فعل او امتناع يضر بالمصلحة العامة لولي الامر بتعاون مع اهل الشورى اعتباره جريمة وتحديد عقوبة لها تتلاءم مع حجم الجريمة وخطورتها وظروف الجاني.

تتميز عقوبات التعزير بالآتي:

١-استحداثها وتحديدها من اختصاص السلطة التشريعية الزمنية.

٢-لا يحتاج تنفيذ العقوبة الى تصديق رئيس الدولة الا اذا كانت العقوبة هي الاعدام.

٣-تطبق على ناقص الاهلية بخلاف عقوبات الحدود والقصاص.

٤-تتأثر بالظروف المشددة والمخففة.

٥-تختلف باختلاف الزمان والمكان والاشخاص.

٦-لرئيس الدولة اعفاء الجاني من العقوبة التقريرية او تخفيفها اذا كان في ذلك مصلحة عامة.

٧-عقوبات التعزير غير محصورة بخلاف عقوبات الحدود والقصاص والدية.

٨-جرائم التعزير قد تكون وقتية وقد تكون استمرارية بخلاف جرائم الحدود والقصاص والدية فانها وقتية فقط.

وتلتقي التشريعات الجزائية في دول العالم الشريعة الاسلامية في هذا القسم الثالث (جرائم التعازير وعقوباتها).

اهم نقاط التلاقي بين الشريعة والقانون:

١-مبدأ شرعية (لا جريمة ولا عقوبة الا بنص) وقد اقرت الشريعة الاسلامية هذا المبدأ قبل القانون بقرون في آيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً﴾[1].

٢-مبدأ شخصية الجريمة والعقوبة وقد نص القرآن عليه في آيات منها: ﴿وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾[2].

٣-الاركان العامة للجريمة (الركن المادي والشرعي والمعنوي).

٤-الاصل براءة الذمة والمتهم بريء حتى تثبت ادانته. هذه القاعدة العامة عرفتها الشريعة بقرون قبل القانون.

٥-اسباب الاباحة وموانع المسؤولية الجنائية وموانع العقاب.

٦-العقاب للاصلاح لا للتعذيب والانتقام.

٧-الاجراءات القضائية ضرورية للعقاب، فلا يجوز الانتقام الفردي.

٨-الظروف المشددة والمخففة في جرائم التعزير.

٩-الطرق الوقائية والتدابير الاحترازية غير ان الشريعة الاسلامية تفرض الاخذ بها قبل وقوع الجريمة بناء على قاعدة: (ان الوقاية خير من العلاج) وكذلك بعدها.

اهم النقاط التي تختلف القوانين فيها مع الشريعة الاسلامية:

١-لا يوجد الشروع في الشريعة الاسلامية وانما هناك جريمة تامة وجريمة ناقصة.

---

[1] سورة الاسراء – الاية: ١٥.

[2] سورة الانعام – الاية: ١٦٤.

٢-لا توجد حصانة في الشريعة الاسلامية فلا فرق بين اكبر شخصية في المجتمع وادنى شخصية من حيث المسؤولية الجنائية، قال تعالى بصيغة عامة: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَه، وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَه﴾[1].

٣-لا توجد اقليمية القوانين في الشريعة الاسلامية بالنسبة للمسلمين، لأن جنسية المسلم هو الاسلام وقانونه شخصي يلحقه اينما ارتكب الجريمة فيعاقب بالعقوبة المقررة لها.

٤-نطاق الجرائم السلبية في الشريعة الاسلامية اوسع بكثير منه في القوانين الوضعية لان الشريعة الاسلامية مشبعة بطابع الاخلاق والقيم وآمرة بالتعاون والتضامن والتكالف بين افراد الاسرة البشرية لان الكل من اب واحد وام واحدة وان كل مخلوق من معدن واحد (التراب).

٥-لا يوجد تمييز في جريمة الزنا بين المتزوج وغير المتزوج، لا في تحريك الدعوى ولا في عدم جواز التنازل لاحد الزوجين، فالقانون ينظر الى جريمة الزنا على اساس انها اعتداء على حق خاص، بينما تنظر الشريعة الاسلامية اليها على اساس انها اعتداء على حق عام (قيم واخلاق المجتمع).

٦-ولي الامر (رئيس الدولة) لا يملك العفو العام والخاص في عقوبات الحدود والقصاص والدية.

٧-لا يوجد الاعدام في الشريعة الاسلامية الا في حالتين، وهاتان الحالتان نظريتان أكثر من ان تكونا عمليتين، إحداهما جريمة الإعتداء على النفس وما دون النفس، إذا كانت عمدية، والثانية جريمة الردة إذا كانت مقترنة بالإفساد ضد الإسلام والإنسانية، كما في الايضاح التالي:

أ-في جريمة القصاص والدية ترك الخيار لولي الدم فاذا طبق هذا الخيار يكون تطبيق القصاص (الاعدام) قليلا جدا.

ب-عقوبة الاعدام بالنسبة لجريمة زنا الزوج او الزوجة في حال قيام الزوجية لا توجد في القرآن ولم تطبق طوال العصور الاسلامية، باستثناء حالتين او ثلاث في عهد الرسالة، حيث ثبتت الجريمة باقرار الجاني امام الرسول (ﷺ) اربع مرات رغم ان الرسول (ﷺ) رغب كثيرا في تراجع الجاني عن اقراره. فهذه العقوبة احاطها الشارع بقيود من المستحيل تحققها منها اثباتها باربعة شهود من الرجال

---

[1] سورة الزلزلة — الاية: ٧-٨.

العادلين لا يقع اي خلاف في اهادتهم وبناء على ذلك تكون هذه العقوبة تخويفية اكثر من ان تكون تطبيقية.

ج-عقوبة الاعدام بالنسبة للمرتد المفسد في الأرض ايضا محاطة بقيود وشروط من النادر تحققها ومن هذه الشروط ما يأتي:

١-ان يقف المرتد ضد الاسلام بلسانه او قلمه او فعله كما حدث ذلك بالنسبة لمن طبق عليه الرسول (ﷺ) عقوبة الاعدام في صدر الاسلام.

٢-تعطي مهلة للمرتد مدة لا تقل عن ثلاثة ايام للتراجع عن ارتداده حتى ولو كان ذلك التراجع باللسان فقط. اضافة الى ذلك فان عقوبة الاعدام لم ترد في القرآن الكريم انما ثبتت بسنة رسول الله (ﷺ).

مظاهر اثار احكام الشريعة الاسلامية في التشريعات الجزائية العربية

من المؤسف ان نسبة هذا التأثير والتأثر قليلة جدا في التشريعات الجزائية العربية اذا قورنت بتأثر قوانين الاحوال الشخصية والقوانين المدنية رغم انها تتفق مع الشريعة الاسلامية في كثير من الاحكام الجزائية لكن لم يكن هذا الاتفاق مبنيا على اساس التأثر بالشريعة الاسلامية حسبما اعتقد بل شأنها شأن بقية القوانين الجزائية للدول غير الاسلامية ومرد ذلك الى سببين:

احدهما: الاحتلال الاستعماري من الدول الاجنبية التي وضعت الأساس للتشريعات الجزائية العربية ولا تزال الاثار قائمة في كثير من النصوص التجريمية والعقابية.

والثاني: تأثر قوانين البلاد العربية بقانون العقوبات المصري الذي هو ابعد قانون في البلاد العربية والاسلامية عن الشريعة الاسلامية علما بان لدولة مصر مركزا ثقافيا اسلاميا بارزا بين دول العالم الاسلامي.

واقرب قانون الى الشريعة الاسلامية والمتأثر بها من بين القوانين العربية هو قانون الجرائم والعقوبات اليمني النافذ رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤ وقد حاول المشرع اليمني في هذا القانون ان يجمع بين الشريعة الاسلامية والموضوعات الحديثة في القوانين العربية والاجنبية التي لا تتعارض مع الشريعة الاسلامية.

وقد تناول هذا القانون بعد التعريفات العامة وبيان عناصر الجريمة الاقسام الثلاثة الرئيسة للجرائم في الشريعة الاسلامية.

جرائم الحدود (م/١٢) (البغي والردة والحرابة والسرقة والزنا والقذف والشرب) وجرائم القصاص والدية (م/١٣) وجرائم التعزير (م/١٤).

وهذا التقسيم غير موجود في اي قانون عربي آخر غير انه تناول الشروع في (م/١٨) وهو غير موجود في الشريعة الاسلامية لأن هذه الشريعة تقسم الجرائم الى التامة والناقصة ثم تناول اسباب الاباحة (م/٢٦-٣٠) وموانع المسؤولية الجنائية (م/٣١-٣٧) بنفس الاسلوب الموجود في الشريعة الاسلامية ثم بحث العقوبات المعروفة في الشريعة الاسلامية في المواد (٣٨-٤٥) وهي (الاعدام حدا او قصاصا او تعزيرا، والرجم حتى الموت، وقد أثبتنا عدم وجوده في القرآن وأن قضاء الرسول الغي بالقرآن، والقطع حدا، والقصاص بما دون النفس، والجلد، والحبس، والدية، والغرامة، والصلب في احوال خاصة، والعمل الالزامي).

ثم بين مسقطات الحدود (٤٦-٤٩) ثم احكام خاصة بالقصاص (م/٥٠-٦٩)، والاحكام الخاصة بالدية (٧٠-٧٩). واحكام القسامة (م/٨١-٩٠).

والقسامة ايمان يحلفها المتهمون في محلة او قرية عند وجود قتيل او جريح فيها لايعرف الجاني بالتحديد ثم تؤخذ الدية من المجموعة لورثة المجنى عليه. ثم بين متى يجب في مال الجاني ومتى تجب على عائلته (م/٩١-٩٩).

ثم تناول العقوبات التكميلية (م/١٠٠) والحرمان من بعض الحقوق والمزايا (م/١٠١-١٠٣) ثم التدابير الوقائية (م/١٠٤-١٠٨)، ثم كيفية تطبيقات العقوبات المذكورة (م١٠٩-١٢٠) وتناول في المواد (م/١٢١-٢٢٩) الجرائم المعروفة في القوانين الحديثة بحيث لا تتعارض مع الشريعة الاسلامية. ثم رجع مرة اخرى لتفصيل بيان احكام جرائم الحدود والقصاص (م/٢٣٠-٣٠٩).

ويلاحظ على هذا القانون انه رغم كونه قانونا وحيدا في البلاد العربية متأثراً بنسبة كبيرة بالشريعة الاسلامية وتبرز فيه آثار احكام هذه الشريعة الا انه لم يعالج الجرائم والعقوبات المعروفة في الشريعة الاسلامية ببيان اركانها وشروطها واحكامها بصورة متسلسلة دقيقة كما انه لم يأخذ بما يجب الاخذ به من آراء فقهاء الشريعة الاسلامية بحيث يتلاءم مع تطورات الحياة في هذا العصر والعصور التي تليه.

اما بقية قوانين العقوبات العربية الحديثة فعلى الرغم من ان اكثر نصوصها واحكامها لا تتعارض مع جرائم التعازير في الشريعة الاسلامية الا ان هذه الميزة لاتخص القوانين العربية بل هي موجودة في قوانين جميع دول العالم فهي تلتقي مع الشريعة الاسلامية لا

لانها متأثرة بها وانما لان هذه الجرائم والعقوبات من نتائج تنظيم العقل السليم والعقل السليم تحول بهذه المهمة بمقتضى الدستور الالهي (القرآن الكريم).

لكن تبرز آثار احكام الشريعة الاسلامية في قوانين العقوبات العربية الحديثة في الجرائم المخلة بالعرض والاخلاق العامة من الدين وهتك العرض والحض على الفجور واللواط والسحاق والفضائح العلنية والزنا والمسكرات والمخدرات ولعب القمار ونحو ذلك.

كما جاء في المواد الآتية: العراقي (م/٢٨٩-٢٠٥)، القطري (م/٢٠٩-٢٣٤)، الليبي (م٢٨٩-١٩٥)، الاردني (م/٢٩٢-٢٣٠)، سلطنة عمان (م/٢١٨-٢٣٤)، الجزائري (م/٣١٤-٣٤٩)، اللبناني (م٦٢٢-٢٥٤)، الكويتي (م/١٨٦-٢٠٨)، الامارات (م٧٨-٨٦)، الفلسطيني الثوري (م/٣٢٥-٣٧٥).

ويعتبر قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤ اكثر هذه القوانين تأثرا بالشريعة الاسلامية في القضايا المذكورة انفا، ذلك لأن هذه القوانين رغم تأثرها بالشريعة الاسلامية، لاتزال متأثرة في بعض الجوانب بالتشريعات الجزائية الغربية، كالتفرقة بين زنا الزوج والزوجة، حيث لا يعتبر الزوج زانيا الا اذا زنا في منزل الزوجية، في حين ان الزوجة تعتبر زانية اذا زنت في اي مكان كان، اضافة الى ذلك فان زنا احد الزوجين يعتبر اعتداء على حق خاص للزوج الآخر، فلا يحرك الدعوى ضده الا الزوج البريء، كما له ان يتنازل عن حقه، فعندئذ على القاضي ان يحكم ببراءة الزوج الزاني، وهذا تخالف صراحة للشريعة الاسلامية التي ترفض مثل هذه الاحكام رفضا باتا، لان جريمة الزنا محرمة اينما وقعت، بغض النظر عن هوية الفاعل، ثم انها اعتداء على الحق العام اي على قيم واخلاق وشرف المجتمع، فعرض اسرة واحدة يعتبر عرضا للمجتمع بأسره.

وفي المجال الجنائي يعتبر قانون رعاية الاحداث العراقي رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣ اقرب القوانين العربية في معالجة موضوع جنح الاحداث الى الشريعة الاسلامية، كما ان قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ للعدل اكثر القوانين العربية المتأثرة بالشريعة الاسلامية في هذا المجال.

ويتمنى كل مخلص لدينه ووطنه ان يأتي يوم تتوحد فيه قوانين البلاد العربية والاسلامية في ضوء الشريعة الاسلامية.

وقد ظهرت هذه الفكرة منذ اكثر من ربع قرن وجرت له محاولات وعقدت لأجلها ندوات ومؤتمرات في البلاد العربية ولكن لحد الآن هذه الفكرة لم تر النور ولاتزال محل خلاف بين

مزيد ومعارض وفي مقدمة تلك المحاولات محاولة الدولة السـودانية تشـريع قـانون جنـائي يستقي من الشريعة الاسلامية الا انها لم تحظ بالنجاح لاسباب كثيرة منها عـدم الاسـتقرار السياسي الداخلي ومنها المعارضة الداخلية والخارجية ومنها عـدم تـوافر الكفـاءة الفعليـة للقيام بهذه المهمة ذلك لان توحيد قوانين البلاد العربية سواء كانت بالنسـبه لجميـع الـدول العربية او بالنسبة الى دولة واحدة يتطلب توافر امور اهمها تـوافر عناصـر مـن اصـحاب الكفاءات العلمية للقيام بهذه المهمة تتوفر فيهم الشروط الاتية.

١ـ الالمام بالشريعة الاسلامية او فهمها روحا ومعنى وجوهرا والاطلاع على آراء المـذاهب الفقهية لاختيـار الرأي الراجح الملائم للعصر الحديث المتطور دون تقيـد بمـذهب معـين ودون تعصب لاية جهة.

٢ـ الالمام بالقوانين الاجنبية الحديثة المتطورة للاستفادة منها والأخذ بمـا لا يتعـارض مـع الشريعة الاسلامية.

٣ـ ايضاح عناصر ومتطلبات تطبيق بعض عقوبات جرائم الحدود التي يعد تطبيقهـا مـن الامور النادرة اذا اخذ بنظر الاعتبار شـروط هـذا التطبيـق الـتي اقرتهـا الشـريعة الاسلامية وعلى سبيل المثل فان عقوبة الرجم في جريمة زنا المتزوج والمتزوجة لم تطبـق طوال العصور الاسلامية باستثناء ثلاث حوادث ثبتت بـاقرار الجـاني امـام الرسـول (ﷺ) ذلك لأن هذه الجريمة لاتثبت الا باربعة شهود من الرجال العادلين لا يحـدث اي خلاف جزئي في افاداتهم، وقـد أثبتنـا الغـاء قضـاء الرسـول بـالقرآن الـذي رفـض مشروعية الرجم.[1]

وان عقوبة قطع اليد في السرقات تتطلب في ميزان الشريعة الاسلامية توافر شروط مـن النادر تحققها، ومن اهم هذه الشروط القضاء على الفقر وتأمين عيش كـريم لكـل مـواطن يضمن له عيشه وعيش من تجب عليه نفقته.

وعقوبة الاعدام في جريمة الردة تتطلب الشرطين الآتيين:

١ـ ان يقوم المرتد بعمل مضـاد للشريعة الاسلامية والمجتمع الاسـلامي امـا باللسـان او بالقلم او بالعمل لأن هذه الظروف هي التي دعت الى ان يقول الرسـول العظيم (ﷺ):

---

[1] ينظر مؤلفنا (لا رجم القرآن).

(من بدل دينه فاقتلوه)[1]، علما بان اعدام المرتد لن يرد ذكره في القرآن الكريم صراحة.

٢. لايجوز اعدام المرتد المفسد الا بعد اعطائه مهلة للتراجع لاتقل عن ثلاثة ايام فاذا تراجع ولو كان ذلك ظاهرا وبلسانه فلا يجوز عقابه باي حال من الاحوال.

وان عقوبة الصلب في السرقة الكبرى (جريمة الحرابة) لم تطبق في جميع العصور الاسلامية الا مرة واحدة في عصر الرسالة طبقت على فئة مرتدة قامت بالفساد في الارض.

وان عقوبة الجلد بالنسبة للزاني والزانية مما لا يكون في حالة قيام الزوجية اقل قسوة بكثير من الحكم عليه بالحبس الذي يتراوح بين ستة اشهر وثلاث سنوات واكثر زجرا وردعا من هذه العقوبة السالبة للحرية.

ويتبين لنا من هذا العرض الموجز خطأ واثم ظن الذاهبين الى ان الشريعة الاسلامية شريعة قاسية في عقوبتها ومتخلفة في معالجتها للامور فلا تصلح ان تكون مصدرا للتشريعات الوضعية الحديثة.

فالشريعة الاسلامية لو طبقت بروحها وجوهرها بعيدة عن الخرافات والقشور والدجل لخضع لها جميع الاسرة البشرية في الكرة الارضية تلقائيا ولكن الناس ينظرون اليها في تصرفات المسلمين وفي تطبيقات القشور والخرافات والخلافات المذهبية والطائفية فيبتعدون عنها ويعتبرونها شريعة غير صالحة لكل زمان ومكان.

وفي الختام اتضرع الى الله العلي القدير ان يهدي ابناء الامة الاسلامية بصورة عامة والامة العربية بوجه خاص للرجوع الى ما كان عليه اباؤهم واجدادهم من العمل الصحيح بالشريعة الاسلامية وبروحها وواقعها، وان هذا الرجوع هو الطريق الوحيد للتخلص من اعدائهم الاشرار ومن تخلفهم في ركب الحضارة البشرية. والله على كل شيء قدير.

---

[1] صحيح البخاري – ١٠٩٨/٣ (٢٨٥٤).

المبحث الرابع

اثر الفقه الاسلامي في القوانين الغربية

اولا: اثر الفقه الاسلامي في القانون الفرنسي المعمول به في الوقت الحاضر الـذي يسـمى (كود نابليون) اي قانون نابليون الصادر سنة ١٨٠٤ وقد تأثر هـذا القـانون بالفقـه المالكي والحنفي.

لكن تأثره بالفقه المالكي أكثر حيث يعد زهاء ٤٠٪ من مجموع هذا القانون مـأخوذاً من الفقه المالكي ومصدر هذا التأثر هو الفتح الاسلامي للاندلس عام ٧١١م الموافق لسنة (٩٣ هــ) ثم الدخول الى بلاد جنوب فرنسـا وظـل الحكـم الاسـلامي في هـذه البلاد اكثر من ٧٠٠ سنة اي من (٧١١-١٤٩٢) اي الى سقوط غرناطة.

وكان للمذهب المالكي هو المذهب الرسمي في للمناطق الخاضعة للحكم الاسلامي.

ومن نماذج هذا التأثر العقد الرضائي الذي تناوله القانون الفرنسي في المواد (١١٠٨ - ١١٢٢)، واحكام العارية التي عالجها القانون الفرنسي في المواد (١٨٧٥-١٨٩٤) واحكام الوديعة عالجها في مواده (١٩١٥-١٩٥٤)، واحكام البيع تناولها في مـواده (١٥٨٢-١٧٠٧)، واحكام اقتران العقد بالشرط تناولها في مواده (١١٦٩-١٢١٦)، وفي عدم بطلان عقد الايجار بموت المؤجر او المستأجر تناوله القانون الفرسي في المـادة (١٧٤٢).

وهنالك احكام كثيرة اخرى من للمذهب المالكي أخذها القانون المدني الفرنـسي ولا مجال لاستعراضها. وقد تأثر هذا القانون بمذهب ابي حنيفة رحمه الله واخذ منه كـثيرا عـن طريق الاتصـالات التي كانت موجودة بـين الـدول الاوروبيـة الغربيـة وبـين الخلافـة الاسلامية العثمانية.

ومن الشواهد على ذلك بيع الوفاء الذي لا يعرفه سوى فقه ابي حنيفـة واخـذه منـه القانون الفرنسي وعالج احكامه في مواده (١٦٥٩-١٦٧٣) والتعريف الوارد في هـذا القانون لبيع الوفاء هو نفس التعريف الموجود في الفقه الحنفي.

ومن النـماذج حقوق الارتفاق التي عالجها القانون الفرنسي تحت عنوان ترجمة الحقـوق القسرية الارضيـة، تناولها في المواد (٦٢٧-٧١٠)، وكـذلك اخـذ القـانون الفرنسـي

احكام الوكالة من مذهب ابي حنيفة في انتقال الحقوق والالتزامات الى الموكل مباشرة بينما في المذاهب الاخرى وفي القوانين تنتقل الى الوكيل اولا ثم الى الموكل ثانيا، وقد عالجها القانون الفرنسي في المواد (١٩٨٤-٢٠١٠) وهناك امثلة كثيرة لا مجال لاستعراضها لكن اكتفى بما قاله (دوكي) وهو من كبار فقهاء القانون في فرنسا في احد المؤتمرات القانونية العالمية: (هناك آراء ونظريات قانونية نحن نعتبرها من بنات افكارنا قد سبق اليها ابو حنيفة قبل ثلاثة عشر قرنا).

ثانيا: تأثر القانون الالماني بالفقه الاسلامي عن طريق الخلافة العثمانية ولضيق المجال اكتفي بمثال لهذا التأثر بنظرية تحول العقد الذي عالجه القانون المدني الالماني في المادة ١٤٠ ومفاد تحول العقد هو انه اذا كان العقد باطلا وتوفرت فيه اركان وعناصر عقد آخر او تصرف آخر تحول اليه ويعتد بهذا التصرف ويرى بعض اساتذة القانون كالمرحوم السنهوري ان فكرة تحول العقد من ابداع الفقهاء الالمان في القرن التاسع عشر ولكن في الواقع ان فقهاء الاسلام هم اصحاب هذه الفكرة وهي من ابداعهم قبل اكثر من ١٠٠٠ سنة حيث قالوا اشتراط عدم براءة ذمة المحيل من الدين يبطل الحوالة وتتحول الى الكفالة واشتراط براءة ذمة الاصيل في الكفالة يبطلها وتتحول الى الحوالة. ومن تطبيقات هذه النظرية في الفقه الاسلامي ايضا من تعهد لشخص ان يكون وارثا له دون ان تكون بينهما علاقة النسب او الزوجية يبطل التعهد ويتحول الى الوصية.

ثالثا: وتأثر القانون الانكليزي والالماني بالفقه الاسلامي في نظرية الظروف الطارئة حيث لم يعرفها القوانين العربية والغربية الا عن طريق الفقه الاسلامي.

وفي الختام ادعو اساتذة الشريعة والقانون القيام بالمقارنات بين الفقه الاسلامي والقانون خدمة لهذه الشريعة ولابراز مكانتها لان فقهاء الاسلام تركوا لنا ثروة فقهية عظيمة لو استثمرت بعقلية ناضجة غير متعصبة لمذهب معين وغير معتنقة لبعض الامثلة البالية كالتعامل بالعبد والجارية فان هذا الفقه يصبح مصدرا خصبا لا للقانون في العالم الاسلامي فحسب بل للقانون في العالم بأسره.

رب زدني علما والحقني بالصالحين

التعليق على التعديل
رقم (٢١) لسنة ١٩٧٨
لقانون الاحوال
الشخصية

تستهدف الشريعة الاسلامية في احكامها تحقيق مصالح الانسان اي جلب المنفعة ودرء المضرة عنه، ففي كل مأمور به منفعة ولكل منهي عنه مفسدة.

هذا اعرابي يتكم بالفطرة السليمة قائلا: (لم يقل محمد افعل كذا والعقل يقول لا تفعله ولم يقل لا تفعل كذا والعقل يقول افعله).

يقول عزالدين بن عبدالسلام[1]: الشريعة كلها مصالح اي تدرأ للمفاسد وتجلب المنافع فاذا سمعت الله يقول ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا﴾ تدبر نداءه فلا تجد الا خيرا يحثك عليه او شرا يزجرك عنه.

يقول ابن قيم الجوزية[2]: أن الشريعة الباهرة مبناها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد وهي عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها، كل مسألة خرجت عن العدل الى الجور وعن الرحمة الى ضدها وعن المصلحة الى المفسدة وعن الحكمة الى العبث فليست من الشريعة.

واشار القرآن الكريم الى المصالح المرجوة من الزواج الناجح في عدة آيات منها قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[3].

ان وحدة الرجل مع المرأة في صورة الزواج الناجح هي الاساس الطبيعي الحقيقي لضمان بقاء النوع البشري شأنها في ذلك شأن الوحدة بين الذكر والانثى في سائر المخلوقات مع فارق جوهري في الانسان وهو ان الغريزة الجنسية بالنسبة اليه لم تخلق لتكون غاية في ذاتها بل لتكون وسيلة الى غاية اسمى هي بقاء سلالته المتعاقبة بقاء ينسجم مع مكانته ومركزه في هذا الكون لذا تفرعت عن غريزته الجنسية ثلاث غرائز فرعية وهي:

١. الغريزة الشهوانية الحيوانية او (المادية) التي تجذب الذكر والانثى بعضهما نحو بعض.

---

(١) قواعد الاحكام: ٢/ ٧٠.

(٢) اعلام الموقعين: ٣/ ١.

(٣) سورة الروم – الآية: ٢١.

٢. غريزة العاطفة الروحية المهذبة او (الحب المعنوي) بين الصنفين عن طريق الكيان الزوجي الصحيح.

٣غريزة الحب العائلي الذي يربط بين الزوجين من جهة وبينهما وبين الاولاد من جهة اخرى، وهذه الاخيرة هي اساس الرابطة الاجتماعية لان الاسرة هي النواة الاولى للمجتمع ان صحت صح المجتمع وان فسدت فسد.

ومن هذه المنطلق جاء التعديل الثاني لقانون الاحوال الشخصية ليضع حدا للتلاعب بأحكام الاسرة وبصورة خاصة في حالات الزواج بالاكراه، وزواج الصغير والصغيرة، وتعدد الزوجات لا لعذر بل لمجرد اشباع الرغبات الجنسية دون رعاية للحكمة الالهية المقصودة من هذا التعدد. وقد أتى التعديل الجديد باحكام جديدة من شروط وقيود وعقوبات واسباب للتفريق واحكام تخص الحضانة لصالح المحضون حتى تبنى الاسرة على اسس صحيحة متينة بعيدة عن الشقاء والانهيار، وهذه الاحكام في جوهرها لا تتعارض مع روح الشريعة الاسلامية وهذا ما نروم بيانه في هذا البحث مع ابداء بعض الملاحظات لعلها تؤخذ بنظر الاعتبار.

وطبيعة الموضوع اقتضت تقسيم البحث من الناحية الشكلية الى اربعة مباحث: الاول في الشروط والقيود، والثاني في اسباب التفريق، والثالث فيما يتعلق بالحضانة، والرابع في حكم ميراث البنت.

المبحث الأول

شروط وقيود تقيد سلطان الارادة في الزواج

استحدث المشرع في هذا التعديل شروطا وقيودا قيد بها حرية الارادة في الزواج حتى يحقق هذا الارتباط الروحي بين الصنفين اهدافه الحقيقية لصالح الاسرة والمجتمع كما يلي:

اولاً: ألغي المشرع الفقرة الاولى من المادة السابعة (يشترط في اهلية الزواج العقل والبلوغ) واحل محلها الفقرة التالية: (١- يشترط في تمام اهلية الزواج العقل واكمال الثامنة عشرة).

وتبدو لنا اهمية تعديل هذه الفقرة من خلال النقاط التالية:

أ. زواج الصغير والصغيرة ليس محل اتفاق الفقهاء حتى يكون منعه خرقا للاجماع بل منهم يرى بطلانه، ومنهم من قال بالجواز تحت رعاية شروط خاصة، ومنهم من اعطى كلا من الصغير والصغيرة سلطة الفسخ بعد البلوغ والعقل).

قال ابن حزم الظاهري: (ولايجوز للاب ولا لغيره نكاح الصغير الذكر حتى يبلغ فان فعل فهو مفسوخ ابدا، واجازه قوم ولا حجة لهم الا قياسه على الصغيرة، والقياس كله باطل)[1]. ونرى أنه لا معنى لتخصيص البطلان بالذكر فقط.

وقال ابن شبرمة: (لايجوز انكاح الاب ابنته الصغيرة حتى تبلغ وتأذن، وان زواج الرسول عليه الصلاة والسلام من عائشة (رضي الله عنها) — وهي صغيرة — كان من اختصاصه ولا يقاس عليه غيره)[2]. ثم انها تزوجت في سن لا تقل عن خمس عشرة سنة على الأصح.

وقال الحسن وابراهيم النخعي زواج الصغير والصغيرة مكروه[3]. وقال الشافعي بالجواز اذا توافرت الشروط التالية:

١. ان يكون الولي ابا أو جدا عند عدم وجود الاب.

---

(١) المحلى لابن حزم الظاهري: ٩/٤٦٢.

(٢) المرجع السابق: ٩/٤٥٩.

(٣) المرجع السابق.

٢. ان يكون الولي عادلا.

٣. ان يكون الزوج كفوء، فلا يجوز زواج الصغيرة من البالغ لعدم الكفاءة في الديانة والعصمة والعفة[١].

وقال ابو حنيفة بالجواز مع رعاية شروط خاصة منها:

١-الا يكون الولي معروفا بسوء الاختيار وسوء التصرف، ويكون سيء الإختيار إذا زوّج صغيراً أو صغيرة لمرة واحدة.

٢-ان تتحقق الكفاءة في الديانة فليس فاسق كفوءا لصالحة او فاسقة بنت صالح[٢].

وهذه الشروط من الشافعية والحنفية الذين يقولون بالجواز قلما كانت تراعي في زواج من لم يكمل الاهلية.

ب- تحديد اهلية الزواج باكمال الثامنة عشرة من العمر يحقق مصالح ونتائج ايجابية مهمة منها:

١- تحقق كمال القابلية البدنية في كل من الزوجين وبذلك يكون الزواج بعيدا عن المساوئ التي قد تترتب على عدم توافر هذه القابلية.

٢- قابلية الزوجة لانجاب دون ان ترهقها الولادة عند اكمال النمو والقابلية البدنية.

٣-تأمين الزوج كسبا مشروعا ومصدرا لمعيشة اسرته الجديدة التي يكون انفصالها من اسرة الاب امرا تحتمه سنة الحياة.

٤- قطع مرحلة من مراحل الدراسة التي اصبحت اليوم من اهم عناصر حياتنا المعاصرة في جميع المجالات وبصورة خاصة بعد ان فرض التعليم الالزامي في قطرنا الذي يعتبر بحق خطوة مهمة نحو القضاء على كثير من امراضنا الاجتماعية الناشئة من الجهل.

٥- تقليل اسباب الطلاق وتضييق نطاق مجال الزواج الفاشل في العراق. ولا اكون مبالغا اذا قلت بأنه لو اجرى احصاء دقيق لتبين للملاء ان ٩٠٪ من زواج الصغير والصغيرة لم يحقق الهدف المرجو منه.

ثانيا: ألغت المادة الثانية من التعديل للمادة الثامنة من القانون السابق: (تكمل اهلية الزواج بتمام الثامنة عشرة)، وأحلت محلها ما يأتي:

---

[١] الباجوري علي بن ابي قاسم الغزوي، في الفقه الشافعي، ٢/١٠٩.

[٢] ابن عابدين في الفقه الحنفي، ٣/٦٦، ص: ٦٦، ط٢، ١٩٦٦م.

المادة الثامنة – (اذا طلب من اكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج فللقاضي ان يأذن به اذا ثبت له اهليته وقابليته البدنية بعد موافقة وليه الشرعي. فاذا امتنع الولي طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحددها فاذا لم يعترض او كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار اذن القاضي بالزواج).

ما ورد في هذه المادة يعتبر استثناء للتحديد الوارد في الفقرة الاولى من المادة السابقة المعدلة التي اشترطت اكمال الثامنة عشرة. ويعمل بهذا الاستثناء اذا توافرت الشروط التالية:

١. ان تكون هناك مصلحة تدعو الى الزواج المبكر لان العدول عن الاصل لا يكون الا لمصلحة تقتضيه.

٢. ان تكون له الاهلية التي تؤهله للتصرف الدائر بين النفع والضرر بعد اذن الولي.

٣. اذن ولي العاقد الذي لم يكمل الثامنة عشرة لانه لم يصل بعد درجة من النضج والرشد يقدر مصلحته في كل شيء.

٥. اذن القاضي حتى يقرر بسلطته التقديرية توافر الشروط المذكورة، ومن المقرر في الفقه الاسلامي ان الولي الاقرب اذا امتنع عن تزويج المولى عليه بدون عذر مقبول يعد عاضلا اي ظالما، وفي هذه الحالة لا تنتقل الولاية الى من يليه من الاولياء. بل الى القاضي لان للقاضي وحده رفع المظالم.

وبناء على ذلك فاذا امتنع الاب – مثلا – عن تزويج بنته دون عذر مشروع امره القاضي ان يزوجها فأن ابى بعد مهلة ودون عذر معتبر زوجها القاضي[1].

ثالثا: ألغى المشرع المادة التاسعة من القانون للاستغناء عما ورد فيها بما جاء في المادة الثامنة الانفة الذكر واستحدث محلها ما يلي:

١- لا يحق لاي من الاقارب او الاغيار اكراه اي شخص ذكرا كان ام انثى على الزواج. كما لا يحق لاي من الاقارب او الاغيار منع من كان اهلا للزواج بموجب احكام هذا القانون من الزواج.

٢- يعاقب من يخالف احكام الفقرة الاولى من هذه المادة من مدة لا تزيد على ثلاث سنوات او بالغرامة او باحدى هاتين العقوبتين اذا كان قريبا من الدرجة الاولى.

---

[1] تنقيح الفتاوى الحامدية: ١/ ٢٠-٢١

اما اذا كان المخالف من غير هؤلاء. فتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر السنوات او الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات.

وتبدو اهمية ما استحدثه المشرع في هذه المادة من النواحي التالية:

أ. وضع حد لبعض الاولياء. الذين يمارسون طريقة الاكراه في الزواج بدافع من المادة او القرابة او الصداقة او غير ذلك دون أن يراعوا في ذلك مصلحة من اكرهوه على هذا الزواج.

فتصرف هؤلاء، الى جانب كونه مخالفا للمنطق السليم ولصلة القرابة بين الولي والمولى عليه وللاهداف التي يرجى ان يحققها الزواج الناجح فانه مخالف لروح الشريعة الاسلامية.

يقول الرسول عليه الصلاة والسلام: (لا تنكح الايم[1] حتى تستأمر[2] ولا تنكح البكر حتى تستأذن)[3]، وقال (الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر واذنها سكوتها)[4]، هذا اذا كان السكوت حياء. اما اذا كان خوفا فيدخل في باب الاكراه.

والى جانب ذلك فان تطور حياتنا المعاصرة ادى اليوم الى عدم الاكتفاء بالسكوت بل يجب الاذن صراحة لان السكوت امر تابع للعرف، وعرف زماننا قد تغير بعد ان نزلت المرأة الى ميدان العمل جنبا الى جنب الرجل وصارت تعالج كثيرا من المشاكل سواء، مما ادى الى زوال ذلك الحياء الذي كان يمنعها عادة من الكلام سابقا.

وقد فعل المشرع حسنا اذ أقر لمن يستعمل الاكراه في الزواج العقوبات الواردة في الفقرة الثانية من هذه المادة لانه بتلك العقوبات سوف تتلاشى العادة العشائرية البغيضة من ان بنت العم يجب الا تتزوج الا من ابن عمها، او ابن العم يلزم عليه الا يتزوج الا بنت عمه او بنت عمته، وكذلك الامر بالنسبة الى بنات وابناء الاخوال والخالات.

---

(١) هي المرأة التي فارقت زوجها بطلاق او موت.

(٢) من الاستئمار اي طلب الامر.

(٣) متفق عليه، سبل السلام: ١٥٥/٢.

(٤) رواه مسلم، المرجع السابق.

فهذا النوع من الزواج بين الاقارب في هذه الدرجة مكروه في نظر كثير من فقهاء المسلمين حتى وان لم يكن هناك اكراه وذلك لانه وان اجازه الاسلام في اصله الا انه غير محبذ.

فقد ورد في منهاج النووي وشرحه ما نصه: (ويستحب الا تكون – اي الزوجة – من قرابة قريبة بان تكون بعيدة او قرابة بعيدة). وقال القليوبي تعليقا على ذلك: (هذا الرأي هو المعتمد وان ماورد في النص من النهي عن النكاح من العشيرة يحمل على الاقربين)[١]. وعلل الفقهاء ذلك بأن عاطفة القرابة قد تتغلب على عاطفة الجنس فيأتي الولد نحيفا او متخلفا عقليا. وجملة الكلام ان الفشل في الزواج بين الاقارب اكثر من النجاح وان لم يكن هناك اكراه واما في حالة الاكراه فلا قيام للزواج الشرعي.

ويروى ان امراة اسمها الخنساء شكت اباها الى الرسول عليه الصلاة والسلام قائلة: زوجني ابي من ابن اخيه وانا لذلك كارهة فقال لها: هلا اجزت ما صنع ابوك؟ فقالت ما لي رغبة فيما صنع ابي فقال: اذهبي فلا نكاح له وتزوجي من شئت)[٢].

ب. واضافة الى ما ذكرنا فان التعديل الجديد سوف يضع حدا حاسما للاولياء العاضلين المانعين – دون مبرر – من زواج من لهم ولاية عليه. كما يقف التعديل بحزم في وجه التهديدات التي توجه من ابن العم او ابن الخال الى بنت عمه او عمته او بنت خاله او خالته ان ابدت رغبتها في الزواج بغيره، واحيانا توجه نفس التهديدات الى كل من يقدم على خطبتها. وكذلك سيضع حدا للازواج الذين يطلقون زوجاتهم ثم يقفون حجر عثرة امام زواجهن بالغير فكل منع من هذا القبيل محرم بنص القرآن الكريم قال سبحانه وتعالى ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْاْ بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾[٣]، فهذا الخطاب عام يشمل الازواج السابقين والاولياء وغيرهم.

ج. فرق المشرع في العقوبات التي استحدثها في الفقرة الثانية من المادة التاسعة بين الاقارب وغيرهم وذلك لان للمانع او المكره اذا كان من غير الاقارب لا يقصد من وراء

---

(١) ينظر في تفصيل ذلك: قليوبي وعميرة في الفقه الشافعي: ٢٠٧/٣، طبعة عيسى البابي.

(٢) ينظر: صحيح البخاري: ١٩٧٤/٥ (٤٨٤٥)، وسنن البيهقي الكبرى: ١١٩/٧.

(٣) سورة البقرة – الآية: ٢٣٢.

منعه او اكراهه سوى التخريب وافساد ذات البين او تحقيق اغراض شخصية وهم بذلك يستحقون عقوبة اشد، هذا من ناحية اهمية ما استحدثه التعديل في هذه المادة، غير انه يلاحظ عليه ما يلي:

اولاً: كان على المشرع ان يقيد المنع من الاقارب الدرجة الاولى بالا يكون لعذر معتبر شرعا وقانونا، كما قيد اعتراض الولي في المادة الثامنة بأن يكون معتبرا جديرا بالاعتبار.

ثانيا: اعتبر التعديل عقد الزواج بالاكراه باطلا اذا لم يتم الدخول وينبني على ذلك:

أ. اعتبار رضاء العاقدين ركنا من اركان الزواج شأنه في ذلك شأن بقية العقود بل هو اهم وأخطر لانه عقد شركة في الحياة لا في المادة.

ب. من المقرر ان تخلف الركن او الشرط يؤدي الى البطلان حتى عند الحنفية القائلين بالفرق بين البطلان والفساد لانهم لا يفرقون بينهما بالنسبة لعقد الزواج[١] والعبادات.

ج. العقد الباطل ليس له وجود شرعي فالدخول بعده يعتبر زنا موجبا لعقوبة الحد ان كان مع العلم وان كان بجهل يسقط الحد ويثبت النسب وتجب العدة لانه وطء شبهة ولكن لايحول العقد من البطلان الى الصحة باتفاق الفقهاء.

ولكل ما ذكر اقترح اما حذف قيد: (اذا لم يتم الدخول) او تغيير تعبير: (الباطل) بما يتفق مع هذا القيد كـ(الموقوف).

رابعا" أضافت المادة الرابعة من التعديل فقرة جديدة الى المادة العاشرة من القانون وهي"

(٥- يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة اشهر ولا تزيد على سنة او بغرامة لا تقل عن ثلاثمائة دينار ولا تزيد على الف دينار كل رجل عقد زواجه خارج المحكمة. وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على خمس سنوات اذا عقد خارج المحكمة زواجا اخر مع قيام الزوجية).

---

(١) راجع ابن عابدين: ٣٦١/٢، فتح القدير: ٣٨٣/٢، حيث لما عبر صاحب الهداية عن حكم مسألة بالفساد وعن الاخر بالبطلان علق عليه صاحب الفتح بقوله: وذكر الفساد فيما تقدم ولا فرق بينهما: (بين الفساد والبطلان) في النكاح بخلاف البيع.

أرى ان المشرع قد استخدم الحكمة في هذا التعديل حيث لم يعتبر الزواج خارج المحكمة باطلا حتى لا يصطدم مع الشريعة الاسلامية لان شكلية المحكمة ليست شرطا ولا ركنا في الزواج في نظر هذه الشريعة خلافا للتعاليم الموسوية والمسيحية.

هذا من جهة ومن جهة ثانية قد اخضع انشاء عقد الزواج لاشراف ورقابة القضاء بفرض عقوبات بدنية ومالية على من يزوج خارج المحكمة وبهذا حفظ عقد الزواج من التلاعب ومن ان يترتب عليه جوانب سلبية في الحياة الزوجية. فالزواج يجب ان يحاط باطار من الحذر والاهتمام لانه وان سمي عقدا الا انه يختلف في طبيعته وجوهره واثاره عن كل عقد اخر ينشئه الانسان بالارادة المنفردة او بالاتفاق مع ارادة اخرى الامر الذي ادى الى ان يتحاشى البعض من اطلاق اسم العقد على هذه الرابطة المقدسة.

والى جانب ذلك فان المشرع قد فعل حسنا عندما اعتبر قيام الزوجية السابقة ظرفا مشددا لينال للزوج زواجا ثانيا خارج المحكمة عقوبة اشد. ونأمل ان تحقق هذه العقوبات ردعا وزجرا لكل من تسول له نفسه ان يتلاعب بحكم اباحة تعدد الزوجات لان هذا التعدد استثناء لم يقره الاسلام الا لظروف استثنائية واعذار تدعو الى ذلك، ومن تلك الاعذار:

١. اذا كانت الزوجة عقيما والزوج يريد انجاب الاطفال وثبت طبيا ان العقم من الزوجة فزواجه بأمراة اخرى خير للمرأة الاولى من الطلاق على ان يكون الزوج في حالة مادية حسنة.

٢. اذا اصيبت الزوجة بمرض مزمن غير قابل للزوال واصبح مانعا من المعاشرة الزوجية جاز للزوج الزواج الثاني مع رعاية مصالح الزوجة الاولى.

٣. اذا حلت بالأمة ظروف حربية ادت الى قلة الرجال وكثرة النساء بنسبة تؤثر على حياة الارامل او غير المتزوجات كما حدث في المانيا وانكلترا بعد الحرب العالمية الثانية فعندئذ قيام الرجل بكفالة اكثر من زوجة واحدة خير لهن من التسيب والبقاء بدون معيل. وقد طالبت باباحة التعدد كثير من الكاتبات الانكليزيات[١] وعلماء الاجتماع[٢] في انكلترا حين رأوا الحالة السيئة في مجتمعهم نتيجة الحروب وقلة الرجال وكثرة النساء.

---

(١) مثل اللاودي كوك ومس اني رود.

(٢) مثل ترمس.

ثم ان الشريعة الاسلامية احاطت اباحة تعدد الزوجات بنطاق ضيق من القيود والشروط منها العدالة كما يقول القرآن الكريم: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾[١].

فالرجل ان شك او تردد في تطبيق العدالة لا يجوز له التعدد لان كلمة (إن) للشك والتردد وقد اكد القرآن الكريم في نص اخر عدم استطاعة الانسان على تطبيق العدل بين النساء في كل شيء، فقال ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾[٢].

وهذا رسول الله يقول: (اللهم هذا قسمي فيما املك فلا تؤآخذني فيما تملك ولا املك) ويقصد بما لا يملكه المحبة القلبية لاحدى النساء اكثر من غيرها، ولهذه المحبة القلبية غير الاختيارية أثر كبير على سلوك الانسان في تصرفاته مع الزوجات عند التعدد وخاصة اذا كان التعدد قد أتى لمجرد اشباع الرغبات الجنسية، فكم من اناس من الطبقات الفقيرة تزوجوا ممن في مستواهم الاجتماعي والاقتصادي وريثما تحسنت ظروفهم اقدموا على الزواج الثاني والثالث والرابع واصبحت الزوجة الاولى التي شقت طريق حياتها الزوجية بمرارة في زاوية النسيان كأن لم تكن شيئا مذكورا واتخذ اولادها سلوك الاعوجاج نتيجة اهمال الأب وحرمانهم من التوجيه والتربية، يقول محمد عبده: (ولو شئت تفصيل المصائب المتولدة من تعدد الزوجات لاتيت بما تقشعر منه جلود المؤمنين من السرقة والزنا والكذب والخيانة والجبن والتزوير والقتل.. كل ذلك واقع ثابت في المحاكم)[٣].

---

(١) سورة النساء – الآية: ٣.

(٢) سورة النساء – الآية: ١٢٩.

(٣) علاء الدين خروفة، شرح قانون الاحوال الشخصية: ١/١٢٠.

المبحث الثاني
اسباب التفريق القضائي

أقر المشرع حق طلب التفريق القضائي لاسباب عديدة منها مستحدثة ومنها كانت موجودة في القانون السابق واعتبر هذا الحق مشتركا في بعض من تلك الاسباب، وخاصة بالزوجة في الاسباب الاخرى. وسنستعرض ذلك في مطلبين.

المطلب الأول
حق طلب التفريق يكون لكل من الزوجين

نصت المادة (١٤٠) المعدلة على ان لكل من الزوجين حق طلب التفريق عند قيام سبب من الاسباب التالية: (الاضرار، والخيانة الزوجية، وعدم اكمال اهلية الزواج، والاكراه، والزواج الثاني خارج المحكمة)، واضافت المادة (٤١) الى هذه الاسباب سبب الخلاف والشقاق.

الاضرار:

اذا اضر احد الزوجين بالآخر ضررا يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية يحق لكل منهما طلب التفريق (٤٠/١).

حكم ازالة الضرر الذي يلحق بأحد الزوجين بسبب من الاخر يندرج تحت القاعدة الشرعية الكلية من قول الرسول عليه الصلاة والسلام (لا ضرر ولا ضرار)[١].

كما ورد في هذا الحكم في التطبيقات الفقهية لفقهاء المسلمين وبصورة خاصة فقهاء المالكية حيث اقروا المبادئ العامة التالية:

أ. مساواة الزوج والزوجة في طلب التفريق لضرر.

---

[١] مسند احمد: ٣١٣/١ (٢٨٦٧)، وكذلك أخرجه ابن ماجة والبيهقي والطبراني.

ب. الضرر كما يكون قبل الدخول يكون بعده ايضا.

ج. وجوب تعزير الطرف المقصر والمخل بالواجبات الزوجية من قبل الحاكم اذا تمسك الزوجان باستمرار حياتهما الزوجية.

د. وجوب التفريق بعد ثبوت الضرر وعجز القاضي عن الاصلاح[١].

ومن المعلوم ان الضرر امر تقديري يخضع لسلطة القاضي التقديرية.

وقد توسع القضاء المصري في تفسير الضرر فاعتبر من الضرر سب الزوج لزوجته[٢]، وابتزازه لاموال زوجته[٣]، والهجر في الفراش[٤]، او هجر البيت[٥].

وأرى ان القضاء المصري افرط في توسيع نطاق الضرر كما ان التعديل الجديد من هذا القانون بالغ في تضييق دائرة العمل بالضرر عندما قيده بأن: (يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية) لذا اقترح تبديل تعبير: (يتعذر) بما هو اخف منه مثل: (يتعسر) او (يصعب) او (لا يستطاع)، لأن التعذر يعني المستحيل.

الخيانة الزوجية:

"لكل من الزوجين طلب التفريق اذا ارتكب الزوج الآخر الخيانة الزوجية" (٤٠/٢).

لن هذا السبب الذي استحدثه التعديل الجديد له لما يجره في الشريعة الاسلامية من ادلة كثيرة منها:

أ. ان عقوبة جريمة الزنا او اي جريمة اخرى من جرائم الحدود اذا تخلف شرط من شروطها كعدم ثبوت جريمة الزنا بالاقرار او باربعة شهداء. تسقط العقوبة الاصلية المحددة لها بالشبهة لان الحدود تدرء بالشبهات لكن اذا حصلت القناعة للمحكمة بان الجريمة

---

(١) الدردير علي سيدي خليل: ٤٠٤/٢.

(٢) محكمة القاهرة الابتدائية: ١٩٥٨/٨/٢٥.

(٣) محكمة السيدة الجزئية الشرعية، المحاماة الشرعية، س٦، ع٦، ص:٧٩٠.

(٤) محكمة جرجا الشرعية يوليو، ١٩٣٣، المحاماة ـ س٥، ع٥، ص: ٥٧٨.

(٥) محكمة الميناء الكلية، ١٩٥٦/٥/٢١، المرجع السابق.

واقعة يجوز بها الحكم على المتهم بعقوبة تعزيرية[١] كما يجوز ان تكون هذه العقوبة التفريق القضائي بينه وبين الزوج العفيف اذا طلب العفيف ذلك.

ب. يقول القرآن الكريم: ﴿الزَّانِي لاَ يَنكِحُ إلاَّ زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لاَ يَنكِحُهَا إلاَّ زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾[٢].

قال القرطبي في تفسير هذا النص: (قال قوم من المتقدمين الآية محكمة غير منسوخة وعند هؤلاء من زنى فسد النكاح بينه وبين زوجته، واذا زنت الزوجة فسد النكاح بينها وبين زوجها، وقال قوم: لا ينفسخ بذلك ولكن يؤمر الرجل بطلاقها اذا زنت ولو امسكها اثم)[٣].

وقال سيد قطب في تفسير النص: (استدل الامام احمد بن حنبل بهذا النص على تحريم الرباط الزوجي بين زان وعفيفة وبين عفيف وزانية الا ان تقع التوبة التي تطهر ذلك الدنس المنفر)[٤].

ونرى ان الزواج صحيح اذا تاب مرتكب الجريمة قبل الزواج.

عدم اكمال اهلية الزواج:

يحق لكل من الزوجين طلب التفريق اذا كان عقد الزواج قد تم قبل اكمال احد الزوجين الثامنة عشرة دون موافقة القاضي (٤٠/٣). عد التعديل الجديد قبل اكمال الثامنة عشرة دون موافقة القاضي من اسباب التفريق القضائي على اساس ان هذا النوع من الزواج لم تستوف شروطه وفق المادة الثامنة من هذا القانون.

الاكراه:

لكل من الطرفين طلب التفريق اذا كان الزواج قد جرى خارج المحكمة عن طريق الاكراه وتم الدخول (٤٠/٤).

استحدث المشرع هذا السبب تحت الشروط التالية:

---

(١) ينظر: تفصيل ذلك، المبسوط للسرخسي: ٩/٨٥-٨٧، المغني لابن قدامة: ١٥٣/١٥٢/١، المدونة الكبرى: ٥٨/١٦ وما بعدها.

(٢) سورة النور — الآية: ٣.

(٣) الجامع لاحكام القرآن، لابي عبدالله محمد بن احمد الانصاري القرطبي، ١٧١/١٢.

(٤) في ظلال القرآن: ٥٩/١٨.

١. ان يكون الزواج مقترنا بالاكراه.

٢. ان يجري خارج المحكمة

٣. ان يتم الدخول.

ويبدو لي الملاحظات التالية:

١- في هذه الفقرة حشو كان على المشرع ان يتحاشاه وهو ان الزواج الذي تم بالاكراه يعني قد جرى خارج المحكمة فلا داعي لاشتراط كونه خارج المحكمة، وحتى اذا كان الاكراه موجودا او خافيا على القاضي فأنه وحده يكفي ان يكون من اسباب التفريق.

٢- ان صح اعتبار الدخول موجبا لتحول الزواج الباطل الى الصحيح فان الأمر يحتاج الى تقييد هذا الدخول في النص باختيار المدخول بها.

٣- الاطلاق الوارد في الفقرة السابقة (الثالثة) كما في الفقرة اللاحقة (الخامسة) جعل باب التفريق مفتوحا امام كل من الزوجين مدى الحياة، وبهذا يصبح مركز الزواج متضعضعا طيلة الحياة الزوجية، فكان على المشرع ان يحدد حق طلب التفريق لهذه الاسباب بمدة معينة.

الزواج الثاني:

يحق لكل من الزوجين طلب التفريق اذا تزوج الزوج بزوجة ثانية بدون اذن من المحكمة(٤٠/٥).

استحدث المشرع هذا السبب وعده من اسباب التفريق، وقد فعل حسنا عندما قيد حرية الارادة في تعدد الزواج ومنع ان يكون ذلك لمجرد أشباع الرغبات الجنسية.

ولكن في رأينا يجب ان يعطي هذا الحق للزوجة السابقة، لان الفقرة الخامسة من المادة العاشرة من هذا القانون اعتبر الزواج خارج المحكمة جريمة عقوبتها تتراوح بين ثلاث سنوات وخمس سنوات. ومن المعلوم ان استجابة طلب التفريق تتم لصالح من يقدم هذا الطلب من الزوج او الزوجة الجديدة، وان القاعدة القانونية الجنائية العامة تقضي بان المجرم يجب الا يستفيد من جريمته.

واخيرا امامنا سؤال يطرح نفسه على بساط البحث وهو ان كل سبب من الاسباب الواردة في الفقرات الثلاث الاخيرة من هذه المادة اسباب مخالفة للقانون يعاقب عليها الشخص المخالف وفق الفقرة الثانية من المادة التاسعة والفقرة الخامسة من المادة العاشرة

من هذا القانون فهل يجمع بين العقوبة والتفريق او يكتفي بالتفريق؟ فاذا كان الجواب بالثاني فان ذلك لا يفهم من عموم الفقرة الثانية والرابعة من هذه المادة لان المفهوم من هذا العموم هو الجمع. غير ان الزوجة لا يحق لها ان تجمع بين طلب التفريق والدعوى الجنائية.

الخلاف والشقاق:

نصت المادة (٤١) المعدلة على ان لكل من الزوجين طلب التفريق عند قيام خلاف وشقاق بينهما سواء كان ذلك قبل الدخول او بعده. ويتطلب التفريق بمقتضى ما ورد في هذه المادة الاجراءات القضائية التالية:

١. تقديم طلب من قبل احد الزوجين.

٢. قيام نزاع حقيقي ايا كان مصدره ولا يشترط ذلك من الطرفين بل يكفي ان يكون من احدهما ولو كان هو الطرف الذي طلب التفريق.

٣. ان يتعسر مع النزاع التوفيق بينهما.

٤. ان يصعب استمرار الحياة الزوجية مع الخلاف بين الزوجين.

٥. ان يكون التفريق مسبوقا بما يلي:

أ. اثبات سبب الدعوى.

ب. اجراءات تعيين حكمين لهما صلاحية هذه المهمة على ان يرفعا الى المحكمة تقريرا يتضمن الاتي:

أولاً – الاسباب التي ادت الى وقوع الخلاف بين الزوجين.

ثانيا – تحديد الطرف الذي كان سببا لهذا الخلاف.

ثالثا – بيان رأيهما في وجوب التفريق بين الزوجين وعدمه.

وعلى المحكمة التفريق بين الزوجين اذا ثبت لها استمرار الخلاف وعجزت بعد اجراءات الحكمين عن الاصلاح وامتنع الزوج عن التطليق.

ويترتب على التفريق الآثار الآتية:

١- اذا تم التفريق بعد الدخول وكان التقصير من الزوجة يسقط المهر المؤجل مهما كان مقداره، وتلزم برد نصفه في حالة قبض الجميع سواء كانت مدعية او مدعى عليها، واذا كان التقصير من الطرفين يقسم المهر المؤجل بنسبة التقصير المنسوب لكل منهما، والنسبة عكسية، فمن كان تقصيره أكثر، تكون نسبة حقه في المهر أقل، وهذه

النسبة تخضع لتقدير الحكمين والقاضي.

٢- واذا جرى التفريق قبل الدخول وكان التقصير من الزوجة تلزم برد ما قبضته من مهر معجل.

تقويم الاحكام الواردة في المادة (٤١) المعدلة:

أ. ميز المشرع في التعديل الجديد بين الضرر والشقاق (الخلاف) واعتبرهما سببين منفصلين خلافا للقانون السابق.

وفي رأينا ان الشقاق او الخلاف صورة من صور تطبيقات الاضرار لان مجرد الخلاف لا يمكن ان يعتبرمن اسباب التفريق ما لم يترتب عليه الاضرار، وهذا ما دعا مجلسي التمييز السني والجعفري ان يخلطا بينهما ويعتقدا ان اسبابهما واحدة[١].

وارى ان كل سبب من اسباب التفريق القضائي يندرج تحت مفهوم الضرر، وهذا الضرر قد يكون اراديا ويسمى اضرارا، كما في الخلاف والشقاق وهجر الزوج زوجته دون عذر وعدم طلبه لها قبل الدخول للزفاف والامتناع عن الانفاق عليها وغيرهما من الاسباب الارادية الواردة في هذا القانون، وقد يكون هذا الضرر لاارادياً كالامراض التناسلية والامراض السارية في كل من الزوجين.

ولذا فان الصياغة الفنية تتطلب حشر جميع اسباب التفريق القضائي تحت عنوان الضرر ثم تقسيمها الى اسباب ارادية واسباب لا ارادية.

ب. اقتصر القانون السابق على اثرين من اثار التفريق وهما: سقوط المهر المؤجل اذا لم تستلمه الزوجة، ووجوب رد ما لا يزيد على نصفه ان قبضته.

وفات المشرع في القانون السابق ان يميز بين حالتي الدخول وعدمه وان يأتي بحالة القصور من الزوجين وهذا النقص تداركه التعديل الجديد كما ذكرنا. غير انه لم يتطرق هذا التعديل كالقانون السابق لحكم حالة القصور من الزوج وحده، ومن المعلوم ان لها في هذه الحالة جميع المهر بعد الدخول ونصفه قبله.

ج. ان ما اوردته هذه المادة من الآثار المترتبة على التفريق للخلاف يجري في سائر حالات التفريق القضائي سواء. كان ذلك بسبب الاضرار او الامراض التناسلية او الامراض السارية او غير ذلك وبناء. عليه أرى انه لا مبرر لتخصيص هذه الاثار بحالة التفريق

---

[١] ينظر: محسن ناجي، شرح قانون الاحوال الشخصية، ١٩٦٢، ص٣١٢.

للخلاف فكان على المشرع ان يبين تلك الاثار في مادة مستقلة بعد الانتهاء من استعراض اسباب التفريق القضائي حتى يتم العموم والشمول.

د. واخيرا القول ان ما جاء في القرآن الكريم من قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[1] قصد به الحفاظ على اسرار العائلة بحيث ان ما يدور بين الزوجين من الخلاف والشقاق والتهم الموجهة من كل نحو الاخر... لا يتسرب الى خارج جدران هذه الاسرة، ويؤكد ذلك اشتراط كون الحكمين من اهل الزوجين حتى يهتما بستر كل ما يحدث في الاسرة المسلمة.

ولهذا بل ولاكثر من هذا اقر فقهاء المالكية سلطة التفريق للحكمين ولم يعطوا للقاضي سوى تصديق ما يقرره الحكمان.

وفي قناعتي الشخصية ان القضاء في العراق، وفي كل البلاد العربية والاسلامية مقصر في تطبيق هذا النص من الدستور السماوي وفي اجراءات مهمة الحكمين.

المطلب الثاني

حق طلب التفريق يكون للزوجة فقط

اوردت المادة (٤٣) المعدلة اسباب اخرى للتفريق القضائي منها موجودة في القانون السابق ومنها مستحدثة غير ان تلك الاسباب على اطلاقها لا تسمح في نظر المشرع العراقي بطلب التفريق الا للزوجة، كما يتضح من الآتي:

أولا – للزوجة طلب التفريق عند توافر احد الاسباب الآتية:

١. اذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فاكثر، ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه (١/٤٣).

والجديد في هذه المادة أن المدة الاصغرية للعقوبة كانت في القانون السابق خمس سنوات فالتعديل جعلها ثلاث سنوات لان ذلك اقرب الى العدالة بخصوص رفع الضرر الذي يلحق بالزوجة.

---

[1] سورة النساء – الآية: ٣٥.

ويرى اكثر شراح قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية ان هذا السبب ليس له مصدر في الفقه الاسلامي بل يقاس على حال الغياب. وفي رأينا لا داعي لهذا القياس لسببين:

احدهما: ان المحبوس او المسجون غائب عن زوجته وان تقييد حرية الانسان بالحبس ان هو الا صورة من صور الغياب وخاصة اذا كان السجن في مدينة غير المدينة التي تسكنها الزوجة.

والثاني: ان التفريق لهذا السبب ورد في الفقه الاسلامي فقال ابن تيمية في (الاختيارات العلمية): (القول في امرأة الاسير والمحبوس ونحوهما ممن تعذر انتفاع امرأته به اذا طلبت فرقته كالقول في امرأة المفقود بالاجماع كما قال ابو محمد المقدسي)[١].

ويلاحظ ان الاطلاق الوارد في هذه الفقرة يسمح للزوجة بطلب التفريق بعد اكتساب الحكم الدرجة القطعية، وارى ان في ذلك تعسفا في استعمال الحق لان الضرر الفعلي غير قائم بعد الحكم مباشرة، فكان على المشرع ان يضيف الى هذه الفقرة عبارة: (بعد مضي سنة من حبسه) اسوة ببقية القوانين العربية، ولان حياة السجن قد تطورت في قطرنا فيسمح بالالتقاء بين الزوجين بين آونة واخرى.

٢- اذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين فاكثر بلا عذر مشروع وان كان الزوج معروف الاقامة وله مال تستطيع الانفاق منه (٢/٤٣).

والجديد في هذه الفقرة هو تبديل كلمة: (غاب) بتعبير: (هجر)[٢]، وقد فعل المشرع حسنا لان الهجر اعم من الغياب اذ قد يتحقق بالهجر في الفراش وهو غير غائب.

٣- اذا لم يطلب الزوج زوجته غير المدخول بها للزفاف خلال سنتين من تاريخ العقد، ولا يعتد بطلب الزوج زفاف زوجته اذا لم يكن قد اوفى بحقوقها الزوجية (٣/٤٣).

هذه الفقرة مستحدثة واحكام هاتين الفقرتين (الثانية والثالثة) تعززها ادلة في الشريعة الاسلامية منها:

أ. قال سبحانه وتعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾[١]، والامساك بالمعروف هو القيام

---

(١) الاختيارات، لابن تيمية، ص١٤٦.

(٢) وكذلك حذف التعديل كلمة الضرر في النص لانه واضح ومفهوم.

بما يجب لها من حقوق على زوجها[٢]، ومن حقوق الزوجة على زوجها حق التمتع والمعاشرة، وهجر الزوج لزوجته قبل الدخول او بعده ليس امساكا بالمعروف بل ضرار وامساك بغير المعروف.

ب- قال تعالى: ﴿فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً﴾[٣]، وهجر الزوجة دون مبرر بغي عليها وظلم وعدول عن الحق.

ج – من حلف ان يهجر زوجته ولا يعاشرها يطبق عليه حكم الايلاء بعد مرور اربعة اشهر فيفرق القاضي بينهما والتفريق يكون طلقة بائنة، لقوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ [٤] مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ [٥] أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا [٦] فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ، وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلاَقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[٧]، وبمقتضى هذا النص كل من هجر زوجته حالفا الا يعاشرها اذا مضت اربعة اشهر ورافعته الزوجة الى الحاكم امره بالفيئة فان ابى امره بالطلاق.

وقال بعض الفقهاء كالنخعي والاوزاعي والحنفية يقع الطلاق بمجرد مضي اربعة اشهر.

وقال المالكية لا يشترط في هذا الحكم ان يكون هناك حلف من الزوج على الا يقربها بل مجرد الهجر يعتبر ايلاء موجبا للتفريق لان العبرة بالضرر الذي يلحق الزوجة نتيجة هذا الهجر وقال القرطبي المالكي: (قال علماؤنا ومن امتنع عن وطء امرأته بغير حلفه اضرارا بها امر بوطئها، فان ابى وقام على امتناعه من وطئها مضرا بها فرق بينه وبينها من غير ضرب اجل وقيل يضرب اجل الايلاء)[٨].

---

(١) سورة البقرة – الآية: ٢٣١.

(٢) الجامع لاحكام القرآن، للقرطبي، المرجع السابق.

(٣) سورة النساء – الآية: ٣٤.

(٤) اي يحلفون.

(٥) التأخر والتأني.

(٦) اي رجعوا.

(٧) سورة البقرة – الآيات: ٢٢٦-٢٢٧.

(٨) الجامع لاحكام القرآن، المرجع السابق: ١٠٦/٣.

د- قال الرسول عليه الصلاة والسلام: (لا ضرر ولا ضرارا)[١]، والامساك مع عدم المعاشرة الزوجية مضر وعلى القاضي ان يزيل الضرر بفك تلك العقدة التي اصبحت ضرارا لا مصلحة فيها.

هـ - ان عمر بن الخطاب في عهد خلافته كان يطوف ليلة بالمدينة فسمع امرأة تنشد الابيات الآتية:

الا طال هذا الليل واسود جانبه — وارقني ان لا حبيب الاعبه[٢]
فوالله لولا الله لا شيء غيره — لزعزع من هذا السرير جوانبه
مخافة ربـي والحياء يكفني — واكرام بعلي ان تنال مراكبه

فلما كان الغد استدعى عمر (رضي الله عنه) تلك المرأة وقال لها اين زوجك؟ فقالت بعثت به الى العراق. فاستدعى نساء فسألهن عن المرأة كم مقدار ما تصبر عن زوجها؟ فقلن، شهرين، ويقل صبرها في ثلاثة اشهر، وينفذ صبرها في اربعة اشهر. فكتب عمر الى امراء الاجناد الا تحبسوا رجلا عن امرأته اكثر من اربعة اشهر[٣].

و- قال الامام احمد بن حنبل في رجل تزوج امرأة ولم يدخل بها ويقول لا ادخل بها الى شهر يجبر على الدخول قال اذهب الى اربعة ان دخل بها والا لأفرق بينهما[٤].

ز – التفريق للهجر والغياب أقره للمالكية[٥] والحنابلة[٦] والزيدية[٧]، وعند المالكية المدة لثلاث سنوات في رأي وفي رأي آخر سنة واحدة سواء وجد العذر ام لم يوجد، وعند الحنابلة المدة الاصغرية ستة اشهر اذا كان الهجر او الغياب بعذر[٨]، والمشرع أخذ العذر بنظر الاعتبار اخذا بمذهب الحنابلة.

---

[١] مسند احمد: ٣١٣/١ (٢٨٦٧)، وكذلك اخرجه ابن ماجه والبيهقي والطبراني.
[٢] وفي بعض المصادر هذا البيت هكذا، تطاول هذا الليل وازور جانبه، وليس الى جنبي خليل الاعبه.
[٣] الجامع لاحكام القرآن، المرجع السابق.
[٤] المغني لابن قدامة: ٣٠١/٣.
[٥] منح الجليل في الفقه المالكي: ٣١٣/٢.
[٦] المغني لابن قدامة: ١٤٢/٨.
[٧] الروضة الندية في الفقه الزيدي: ٥٦/٢.
[٨] المغني، المرجع السابق.

٤- وتناولت الفقرة الرابعة من هذه المادة العيب التناسلي فأقرت للزوجة طلب التفريق اذا وجدت زوجها ما يمنعه من القيام بالواجبات الزوجية من اسباب عضوية او نفسية بعد ثبوت عدم امكان الشفاء بتقرير طبي مع تأجيل سنة اذا وجدت المحكمة ان سبب ذلك نفسي.

ولم يقيد المشرع هذا السبب بما قبل الدخول او بعده وهذا ما يتفق مع رأي فقهاء المسلمين غير ان السائد في الفقه الاسلامي والاقرب الى العدالة هو تعميم هذا الحق حتى يشمل كلا الزوجين لان المانع من القيام بالواجبات الزوجية كما يكون في الزوج بالعنة والجب وغيرهما يكون في الزوجة بالرتق والقرن كما في المرأة القرناء والرتقاء[1].

٥- ونصت الفقرة الخامسة على اعتبار عقم الزوج من اسباب التفريق ان لم يكن للزوجة ولد على قيد الحياة.

هذا السبب استحدثه المشرع في التعديل الجديد. واول من حكم به في الاسلام هو عمر بن الخطاب (ﷺ) عندما بعث رجلا على بعض الساعية فتزوج امرأة وكان عقيما فقال له عمر اعلمتها انك عقيم؟ قال لا قال انطلق فاعلمها ثم خيرها[2].

ونقل الغزالي في الاحياء[3] في آداب النكاح آثارا واحاديث تحث على تفضيل من تلد من النساء على غيرها ومنها: ((خير نسائكم الولود الودود)).

والى جانب ذلك فانه ليس من العدالة حرمان الزوجة من عاطفة الامومة مدى الحياة دون ذنب. وبناء على ما ذكرنا فان المصلحة والضرورة وتحقيق هدف الزواج كل هذه الامور تستدعي اعتبار العقم سببا من اسباب التفريق القضائي عند توافر الشروط التالية:

١. التأكد من عقم المدعى عليه.
٢. مراعاة من الطرف المقابل وقابليته لانجاب الارلاد لو تفرقا.
٣. لا يكون طالب التفريق عقيما ايضا بشكل مؤكد[1].

---

(١) القرناء من وجد في عضوها الجنسي قرن من لحم لو عظم يكون مانعا من القيام بالواجبات الزوجية، والرتقاء: من انسد عضوها الجنسي بلحم او عظم.

(٢) زاد المعاد لابن القيم: ١٤/٤.

(٣) ٢١/٢.

غير انه يؤآخذ على هذه الفقرة ايضا انها افردت الزوجة بهذا الحق مع ان العقم سبب مشترك فالمفروض ان يكون المسبب مشتركا ايضا.

٦- وتناول الفقرة السادسة الامراض والعلل التي تسمح بحق طلب التفريق كالجذام والبرص والسل والزهري والجنون وامثال ذلك. فاذا ثبت طبيا امكان زوالها يؤجل لحين الزوال والا فيفرق بينهما بعد الطلب وثبوت المرض.

ويلاحظ ان كل ما ورد في هذه الفقرة كان موجودا في القانون السابق مع نقص لم يتداركه التعديل وهو اعتبار هذه الاسباب مشتركة بين الزوجين تسمح لكل طلب التفريق اذا وجد الاخر مصابا بعلة لا يمكن معها المعاشرة.

ان هذا النهج الذي سلكه المشرع هو مذهب الحنفية الذي كان المصدر الوحيد المعمول به منذ العهد العثماني الى تقنين قانون رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.

والذي استقر عليه فقهاء المسلمين هو ان الحق مشترك لان اسبابه مشتركة وكان الاحرى بالمشرع ان يأخذ بهذا الرأي لاختلاف الطلاق والتفريق في كثير من الآثار منها ان الزوجة المصابة بما يمنع الواجبات الزوجية اذا طلقها زوجها قبل الدخول تستحق نصف المهر لكن اذا انتهت العلاقة الزوجية بينهما قبل الدخول عن طريق التفريق القضائي لهذا السبب او لسبب اخر خاص بها لاتستحق شيئا من المهر هذا ما تقره العدالة[٢] لان التفريق كان بسبب منها، وبصورة خاصة ان المشرع لم يحدد اسباب التفريق واخذ في هذا برأي بعض فقهاء المسلمين كابن القيم الذي قال: (والقياس ان كل عيب يتضرر منه الزوج الآخر ولا يحصل معه مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار)[٣].

٧- ونصت الفقرة السابعة والثامنة والتاسعة من هذه المادة على حق الزوجة في طلب التفريق اذا امتنع الزوج عن الانفاق عليها دون عذر او تعذر تحصيل النفقة بسبب

---

(١) عبدالرحمن الصابوني، مدى الحرية الزوجين في الطلاق، ٢/٢٨٠.

(٢) ينظر: في تفصيل ذلك الشرح الصغير وحاشية تحفة السالك لاقرب المسالك في الفقه المالكي، ٢/٣٩٧.

(٣) زاد المعاد، لابن القيم، ٤/٣٤.

غياب الزوج او فقده او اختفائه او الحكم عليه لمدة اكثر من سنة اوامتناعه عن النفقة المتراكمة المحكوم بها.

ان ما ورد في هذه الفقرات باستثناء النفقة المتراكمة احكام أقرها فقهاء المسلمين بالتفصيل، قال القرطبي في تفسير قوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا﴾[1]، قال جماعة من العلماء ان من الامساك بالمعروف ان الزوج اذا لم يجد ما ينفق على الزوجة ان يطلقها فان لم يفعل خرج عن حد المعروف فيطلق عليه الحاكم من اجل الضرر اللاحق بها من بقائها عند من لا يقدر على نفقتها.

وبهذا قال مالك والشافعي واحمد واسحاق وابو ثور وابو عبيد، وقاله من الصحابة عمر وعلي وابو هريرة ومن التابعين سعيد بن المسيب.

وقال ابن قدامة: (ان الرجل اذا منع أمرأته النفقة لعسرته فالمرأة مخيرة فان اختارت فراقه فرق الحاكم بينهما لان عمر كتب الى امراء الاجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم بان ينفقوا او يطلقوا فان طلقوا بعثوا نفقة ما مضى).

وان امتنع عن الانفاق مع يساره... ولم يقدر الحاكم على مال له يأخذه او لم يقدر على اخذ النفقة من مال الغائب فلها الخيار في الفسخ. وقال ايضا: فاذا لم ينفق الموسر فحاله كحال الاعسار بل هذا اولى بالفسخ لانه اذا جاز الفسخ من له العذر فعلى غيره اولى، ولان في الصبر ضررا امكن ازالته بالفسخ فوجب ازالته[2].

ولكن يرى ابن حزم الظاهري: (ان الزوج اذا عجز عن نفسه وكانت زوجته غنية كلفت هي بالانفاق عليه ولا ترجع عليه بشيء من ذلك ان ايسر، لان الزوجة وارثة الزوج فعليها نفقته ان اعسر بنص القرآن)[3].

ان ما استحدثه التعديل في الفقرة التاسعة من هذه المادة من ان النفقة المتراكمة المحكوم بها سبب من اسباب التفريق لم اقف على مصدر له في الفقه الاسلامي، كما ان الضرر الموجب للتفريق غير قائم اذا عاد الزوج الى الانفاق على زوجته وبقيت النفقة المتراكمة دينا في ذمته.

---

(١) سورة البقرة — الآية: ٢٣١.

(٢) ينظر : في تفصيل ذلك المغني لابن قدامة، ٥٧٣/٧-٥٧٦، الدردير على سيدي خليل، ٦٠٨/٢

(٣) المحلى: ٩٢/١٠.

ولا ارى ان يكون دين الزوجة في ذمة زوجها يكون داعيا الى التفريق طالما ان الزوج عاد ليستمر على الانفاق.

"للزوجة الحق في التفريق قبل الدخول وفي هذه الحالة على المحكمة ان تقضي بالتفريق بعد ان ترد الزوجة الى الزوج ما قبضته من مهر وجميع ما تكبده من اموال ونفقات ثابتة صرفها لاغراض الزواج". هذا ما ورد في ختام المادة (٤٣) المعدلة.

ومن وجهة نظري ان اعطاء هذا الحق للزوجة ان كان لسبب من الاسباب السابقة فانه تكرار وان كان هو سبب آخر فانه فتح باب لهدم كيان زوجي قائم دون مبرر، وبصورة خاصة فان الحياة الزوجية في الظرف الواقع بعد العقد وقبل الدخول يتعرض لتدخل كثير ممن تسول لهم انفسهم ان يتدخلوا لا لمصلحة الزوجين بل لمجرد التخريب وبث الشقاق والفتنة.

ونأمل ان يعيد المشرع النظر في الحكم الوارد في هذه الفقرة الاخيرة لان التعديل جاء للقضاء على الفوضى وازالة الضرر الناشئ من سوء تطبيق احكام الاسرة.

المبحث الثالث

احكام الحضانة

الحضانة – بكسر الحاء وفتحها – لغة تعني جعل الشيء في ناحية وضمه الى الجنب. وحضانة الام لولدها هي: ضمها اياه الى جنبه وعزله من ابيه ليكون عندها فتقوم بحفظه ونظافته وتربيته..[١].

وقد تناولت المادة (٥٧) المعدلة من قانون الاحوال الشخصية احكام الحضانة كما يلي:

١. الام احق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك (م٥٧/١)[٢].

حذف التعديل قيد: (النسبية) واضاف قيد: (ما لم يتضرر المحضون من ذلك) لعدم فائدة القيد الاول واهمية الثاني، وان كانت الشروط الواردة في الفقرة الثانية قد قللت من اهمية هذا القيد ايضا.

ويلاحظ على هذه الفقرة قبل التعديل وبعده، انها عممت احقية الام بالحضانة لتشمل حالتي الزوجية والفرقة مع ان الحضانة بالمعنى القانوني المعروف لا وجود لها في حالة قيام الزوجية، ولا تطرح مسألة احقية الام بها؟ لان الطفل حينئذ يعيش في حضن ابويه وتحت رعايتهما وتربيتهما. يقول الباجوري – وهو من فقهاء الشافعية -: (اذا فارق الرجل زوجته بطلاق او فسخ او غيرهما وله ولد منها فهي احق بحضانته اما اذا لم يكن هنالك مفارقة بين الرجل والمراة فان الولد يكون معهما يقومان بكفايته)[٣].

ويقول الطوسي – وهو من فقهاء الجعفرية-: (اذا بانت المرأة من الرجل ولها ولد منه فان كان طفلا لايميز فهي احق به بلا خلاف)[٤].

---

[١] بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني، ٢٢٥٢/٥.

[٢] نص الفقرة قبل التعديل "الام النسبية احق بحضانة الولد وتربيته حال الزوجية وبعد الفرقة"

[٣] حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم الغزي، في الفقه الشافعي، ١٩٤/٢.

[٤] الخلاف في الفقه للطوسي، ٣٣٦/٢.

ويقول الدردير المالكي: (وحضانة الذكر للبلوغ والانثى للدخول للأم، وهذا في الام المطلقة او من مات زوجها، واما من في عصمة زوجها فهي حق لهما)[١].

وبالاضافة الى ذلك فان مصدر احقية الام بحضانة الولد هو رواه عبدالرحمن بن عمرو بن العاص من: ((ان امرأة قال يا رسول الله ان ابني هذا كانت بطني له وعاء وثدي له سقاء وحجري له حواء وان أباه طلقني واراد ان ينزعه مني فقال لها رسول الله(ﷺ) انت احق به ما لم تنكحي)[٢].

وهذا النص اقر احقية الام بالحضانة بعد الفرقة ما لم تتزوج. ولذا اقترح ان تعدل هذه الفقرة وتصاغ بالشكل الآتي: (الام احق بحضانة الولد وتربيته بعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك).

٢-يشترط ان تكون الحاضنة بالغة عاقلة امينة قادرة على تربية المحضون وصيانته وغير متزوجة باجنبي عن المحضون (٢/٥٧)[٣].

لم يطرأ تعديل على هذه الفقرة سوى تبديل الولد بالمحضون. ولا تبدو لهذا التغيير اهمية فضلا عن انه ادى الى تكرار كلمة المحضون في فقرة واحدة وهذا معيب من حيث الصياغة.

وبعد ان تناولت الفقرة الاولى احقية الام بالحضانة جاءت الفقرة الثانية لتشير الى ان تلك الاحقية ليست على اطلاقها وانما يجب ان تتوافر فيمن يقوم بمهمة الحضانة أماً كانت ام غيرها شروط تؤهلها لهذه المهمة لان مصلحة الطفل فوق جميع الاعتبارات، فاذا تخلف شرط منها يتولى الغير الحضانة.

يقول ابن قدامة: (الام احق بكفالة المحضون بعد الافتراق وهذا قول يحيى الانصاري والزهري والثوري ومالك والشافعي واسحاق واصحاب الرأي ولا نعلم احدا خالفهم[٤].

---

(١) الشرح الصغير مع حاشية الصاوي، ١/٤٩٠.

(٢) مسند أحمد: ١٨٢/٢ (٦٧٠٧)، وكذلك اخرجه ابو داود والحاكم والبيهقي.

(٣) نص الفقرة قبل التعديل: "يشترط ان تكون الحاضنة بالغة عاقلة امينة قادرة على تربية الولد وصيانته وغير متزوجة باجنبي عن المحضون".

(٤) المغني لابن قدامة: ٦١٢/٧.

شروط ممارسة الحضانة

نصت الفقرة الثانية المذكورة على ان مهمة الحضانة لا تسلم إلاّ الى من تتوافر فيه الشروط التالية:

أ. البلوغ: لان الانسان دون البلوغ ليس اهلا لادارة شؤون نفسه فلا يكلف بما يتعلق بغيره.

ب. العقل: لان المحضون بحاجة الى عناية الغير فاذا كانت الحاضنة لا تستطيع القيام بأمورها فمن باب اولى لا تستطيع ذلك بالنسبة الى غيرها.

ج. القدرة على التربية: فاذا كانت بها من العاهات والامراض ما يعجزها عن القيام بشؤون المحضون وعن حفظه فلا تكون اهلا للحضانة[١].

د. الا تكون متزوجة بغير ذي رحم للمحضون لان الزوج الاجنبي (الغريب) لا يحمل غريزة العطف والشفقة والحنان على المحضون في الاعم الاغلب الذي قد يدفعه الى عدم تمكين زوجته (ام المحضون) من القيام بواجبات الحضانة كأم وكحاضنة، وقد أشار الرسول(ﷺ) الى ذلك في قوله: ((انت احق منه ما لم تنكحي))، وعلل الكاساني ذلك بان الزوج الغريب لا يمكن زوجته من الحضانة بصورة تكون من مصلحة الطفل[٢].

وعلى هذا الاساس اعتبر فقهاء المسلمين الزواج من مسقطات حق الحضانة[٣] لكن اذا طلق او توفي زوجها عاد حقها خلافا لمالك حيث يرى ان الزواج ابطل حقا فلا يعود[٤].

غير ان الظاهرية ذهبوا الى ان الام لا تفقد احقيتها بالحضانة بالزواج اذا توفرت فيها

---

(١) وقد حكم مجلس التمييز السني في قراره المرقم (٤٩٠) في ١٩٦١/١٠/٢١ بما يلي: اذا اصيبت الام بالتدرن بحيث اصبحت غير قادرة على رعاية شؤن الصغير كانت جدته لام احق بحضانته من عمته، واصدر مجلس التمييز الشرعي الجعفري في قراره المرقم ٩٦٣/٣٤٠ في ٩-٦-١٩٦٢ ما يلي: وللمحكمة تجديد حضانة الام لابنتها اذا تحققت اصابة الام بمرض عصبي يمنعها من القيام بحضانة الصغيرة.

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٧٥٢٢/٥.

(٣) حاشية الباجوري، المرجع السابق، ١٩٨/٢.

(٤) الشرح الصغير مع حاشية الصاوي في الفقه المالكي، ٤٩٠/١.

بقية شروط الحضانة[١]. ومن وجهة نظري ان المعيار ليس الزواج او عدمه وانما مصلحة المحضون ثم ان نسبة حق الحضانة الى الام لا تخلو من تجوز لان الحق في مثل هذا القيام يعني الالتزام بدليل انها اذا توفرت فيها شروط لا تستطيع التنازل عن هذا الحق بناء على ان اساس حكم الحضانة هو رعاية مصلحة الطفل.

٣- اذا اختلفت الحاضنة مع من تجب عليه نفقة المحضون في اجرة الحاضنة قدرتها المحكمة ولا يحكم باجرة الحضانة ما دامت الزوجية قائمة. او كانت الزوجة معتدة من طلاق رجعي (٥٧/٣)[٢].

ان هذه الصياغة اشمل وأتقن من عبارة الاصل قبل التعديل "اذا اختلف الزوجان في اجرة الحضانة" لان الحاضن قد لا تكون زوجة "ام المحضون" كما ان من تجب عليه النفقة قد لا يكون زوجا "ابا المحضون" في كل حال.

غير ان المشرع خلط بين حكم اجرة الرضاع واجرة الحضانة في حالة قيام الزوجية او عندما تكون الزوجة معتدة من طلاق رجعي وذلك لانه لا وجود للحضانة بالمعنى القانوني في هاتين الحالتين كما ذكرنا في التعليق على الفقرة الاولى من هذا النص لان الولد ينشأ ويتربى تحت اشراف وتربية الابوين دون ان تثار مشكلة الاجرة حتى يبين المشرع حكمها وما اتى به انما يكون بالنسبة الى اجرة الرضاع كما يقول الكاساني: (وكذلك ان كانت معتدة من طلاق رجعي لا يحل لها ان تأخذ الاجرة على الارضاع كما لايجوز في صلب النكاح لان النكاح بعد الطلاق الرجعي قائم من كل وجه)[٣].

٤- للاب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه حتى يتم العاشرة من العمر. وللمحكمة ان تأذن بتحديد حضانة الصغير حتى أكماله الخامسة عشرة ان ثبت لها بعد الرجوع الى اللجان المختصة الطبية منها والشعبية ان مصلحة الصغير تقضي

---

(١) المحلي لابن حزم: ٣٣١/١٠.

(٢) نص الفقرة قبل التعديل: (اذا اختلفت الزوجان في اجرة الحضانة قدرها القاضي في مصلحة الصغير).

(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٢٢٥٧/٥.

بذلك على الا يبيت عند حضانته[1].

ان ما ورد في هذه الفقرة من جواز تمديد مدة الحضانة الى سن البلوغ موافق لمذهب المالكية والظاهرية. جاء في الشرح الصغير[2]: (وحضانة الذكر للبلوغ والانثى للدخول للام ولو كانت غير مسلمة)، وجاء في المحلى[3]: (الام احق بحضانة الولد الصغير والابنة الصغيرة حتى يبلغا المحيض او الانبات مع التمييز وصحة الجسم تزوجت ام لم تتزوج).

ويبدو لنا من هذين النصين ان الام احق بالحضانة لحين بلوغ المحضون لدى المالكية والظاهرية دون حاجة الى حكم المحكمة والرجوع الى اللجان المختصة وبذلك يعتبر ما جاء فيهما اوسع بكثير مما اتى به التعديل الجديد.

ويلاحظ على هذه الفقرة ما يلي:

أ - كان على المشرع ان يذكر: (الولي) بدلا من: (الاب) حتى يشمل جميع الاولياء من اب وغيره لان النظر في شؤون المحضون كما يكون للأب يكون لغيره من الاولياء.

ب- كان الاولى ان يستعمل: (على) بدلا من: (اللام) ويقال على الولي) او (على الاب) بدلا من: (للأب) لان كلمة (على) للالتزام والايجاب واللام للتخيير، ومن البدهي ان النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه واجب على الولي شرعا وقانونا سواء اكان ابا ام غيره.

ج- كان على المشرع ان لا يحدد مدة النظر في شؤون المحضون باكمال العاشرة من العمر لان الحياة تطورت وتعقدت فاصبح الاولاد في حياتنا المعاصرة بحاجة الى رعاية ابائهم لا في المعيشة فحسب بل في التربية والتوجيه والتعليم مدة لا تقل عما تستغرقه مراحل الدراسة من الزمن بعد ان اصبحت الدراسة عمودا فقريا لكيان الفرد في المجتمع.

---

(١) نص الفقرة قبل التعديل، للاب غيره من الاولياء النظر في المحضون وتربيته وتعليمه حتى يتم السابعة من عمره لكنه لا يبيت ليلا عند حاضنته ما لم يحكم القاضي خلاف ذلك.

(٢) ٤٩٠/١.

(٣) ٣٢٣/١٠.

د- ويبدو ان المشرع قبل التعديل كان اكثر توفيقا في صياغة هذه الفقرة حيث قيد: (لا يبيت الا عند حاضنته) بقيد (ما لم يحكم القاضي بخلاف ذلك)" وذلك لاهمية هذا القيد وفائدته في بعض الحالات.

ه- اذا أتم المحضون الخامسة عشرة من العمر له حق الاختيار في الاقامة مع من يشاء من ابويه او احد اقاربه لحين اكمال الثامنة عشرة من العمر اذا انست المحكمة من الرشد في هذا الاختيار(٥٧/٥).

ان ماورد في هذه الفقرة موافق لاراء فقهاء المسلمين، جاء في المغني: (ولا تثبت الحضانة الا على الطفل او المعتوه فاما البالغ الرشيد فلا حضانة عليه واليه الخيرة في الاقامة عند من يشاء من ابويه)[١]، وجاء في المحلى: (واذا بلغ الولد والابنة عاقلين فهما املك بأنفسهما ويسكنان اينما احبا)[٢]، وقال الباجوري: (وتنتهي الحضانة في الصغير والصغيرة بالبلوغ وفي المجنون بالافاقة، ثم ان بلغ رشيدا فله ان يسكن حيث يشاء ولا يجبر على الاقامة عند ابويه، والاولى الا يفارقهما، وان خيفت الفتنة من الانفراد امتنعت المفارقة)[٣].

٦- للحاضنة التي انهيت حضانتها بحكم ان تطلب استرداد المحضون مِمَن حكم له اذا ثبت تضرر المحضون خلال مدة وجوده(٥٧/٦).

ان ما ورد في هذه الفقرة حكم سليم لان مدار الحاضنة هو مصلحة المحضون فاينما تحصل تلك المصلحة يجب ان يكون هناك المحضون.

٧- في حالة فقدان ام الصغير احد شروط الحضانة او وفاتها تنتقل الحضانة الى من تختاره المحكمة مراعية بذلك مصلحة الصغير (٥٧/٧).

انتقال الحضانة من الام الى الاب عند تخلف شرط من شروطها انما هو على مذهب الجعفري. يقول الطوسي: اذا بانت المرأة من الرجل ولها ولد منه فان كان طفلا لا يميز فهي احق به بلا خلاف وان كان طفلا يميز فان كان ذكرا فالاب احق به وان كان انثى فالأم احق بها ما لم تتزوج فاذا تزوجت فالأب أحق بها[٤].

---

[١] المغني، لابن قدامة، ٦١٤/٧.

[٢] المحلي، لابن حزم الظاهري، ٣٣١/١٠.

[٣] حاشية الباجوري، المرجع السابق، ١٩٤/٢.

[٤] الخلاف، للطوسي، ص: ٣٣٦.

٨- اذا لم يوجد من هو اهل للحاضنة من الابوين تودع المحكمة المحضون بيد حاضنة او حاضن امين كما يجوز لها ان تودعه الى دور الحضانة المعدة من قبل الدولة عند وجودها(٥٧/٨).

كان للمفروض ان يقول المشرع: (اذا لم توجد من هو اهل للحضانة من الابوين تنتقل الى من يليها من الاقارب) دون اطلاق الحاضنة والحاضن. غير انه راعى مصلحة المحضون بغض النظر عن كون الحاضنة او الحاضن من الاقارب او من غيرهم.

٩- اذا مات اب الصغير او فقد احد شروط الحضانة فيبقى الصغير لدى امه مادامت محتفظة بشروط الحضانة دون ان يكون لاقاربه من النساء او الرجال حق منازعتها فيه لحين بلوغه سن الرشد(٥٧/٩).

ولو أخذ المشرع بمذهب المالكية والظاهرية في الفقرة الرابعة من هذه المادة واعطى للام حق الحضانة الى البلوغ للذكر والى الدخول للانثى دون حاجة الى موافقة المحكمة لما احتاج الى اضافة هذه الفقرة الاخيرة الى الفقرات السابقة.

المبحث الرابع

ميراث البنت في ضوء التعديل الجديد

اضاف التعديل رقم ٢١ لسنة ١٩٨٧ الى المادة (٩١) فقرة جديدة وهذا نصها: (تستحق البنت او البنات في حالة عدم وجود ابن للمتوفي ما تبقى من التركة بعد اخذ الابوين والزوج الاخر فروضهم منها. وتستحق جميع التركة في حالة عدم وجود اي منهم).

استهدف التعديل من ذلك ان يساوي البنت بالابن في حجبها لمن يحجبه الابن في ارث احد الابوين كما جاء في الاسباب الموجبة[1]. وهذا الحكم موافق لما هو مقرر في المذهب الجعفري حسب تقسيم هذا المذهب الاقارب المستحقين للتركة من الورثة الى المراتب الثلاث التالية:-

المرتبة الاولى: الابوان المباشران والاولاد واولاد الاولاد وان نزلوا.

المرتبة الثانية: الاجداد والجدات وان علوا والاخوة والاخوات وفروعهم.

المرتبة الثالثة: الاعمام والعمات، والاخوال والخالات وفروعهم.

ويقتضي هذا التقسيم ان وجد وارث من المرتبة الاولى ذكرا كان ام انثى لا يرث احد من المرتبة الثانية والثالثة. وان وجد شخص وارث من المرتبة الثانية يحجب من يكون في المرتبة الثالثة. كما ان كل وارث من الدرجة الاولى في كل مرتبة يحجب من يكون من الدرجة الثانية في نفس المرتبة. فالاولاد يحجبون اولادهم، والاخوة والاخوات يحجبون فروعهم وهكذا[2].

وبناء على ذلك فان بنت المتوفي تحجب من تركته كل من يحجبه ابنه لان كلا منهما في مرتبة واحدة وفي درجة واحدة.

وكان ميراث البنت قبل هذا التعديل قد يختلف في المذهبين السني والجعفري لان المادة (٩٠) من قانون الاحوال الشخصية المعدل تحيل توزيع التركات وتحديد الانصبة للاقارب من الورثة الى الاحكام الشرعية المفصلة في المذاهب الفقهية الاسلامية حيث تنص على مايلي:

---

(١) قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته، طبع دار الحرية، ١٩٨٧، ص٢٢.

(٢) ينظر: ايضاح الفوائد في شرح القواعد، للفقيه الجعفري محمد بن الحسن الحلي، ٣٠٨/٤-٣٠٩.

(مع مراعاة ما تقدم يجري توزيع الاستحقاق والانصبة على الوارثين بالقرابة وفق الاحكام الشرعية التي كانت مرعية قبل تشريع قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ كما تتبع فيما بقي من احكام المواريث).

وبمقتضى هذه الاحالة لم يكن ميراث البنت او البنات جاريا على طريقة موحدة لدى المحاكم الشرعية العراقية بل كان القاضي الجعفري يقضي بما اقره التعديل الجديد من حجب البنت لكل من يحجبه الابن من الورثة في حين ان حكم القاضي السني كان قد يختلف فيحكم بالنصف لبنت واحدة وبالثلثين لبنتين فاكثر عند عدم وجود ابن للمتوفي وبايلولة ما تبقى لاقرب العصبات، وبالرد على البنت او البنات عند عدم وجوده، كما هو المقرر لدى كافة المذاهب الاسلامية باستثناء المذهب الجعفري وذلك استنادا الى نصوص من سنة الرسول(ﷺ) منها ما يلي:

أ. روى ابن عباس عن النبي (ﷺ) انه قال: ((الحقوا الفرائض باهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر))[١]، وبمقتضى هذا النص ان ما يبقى بعد حصص اصحاب الفروض يكون لاقرب عصبة صغيرا كان ام كبيرا بدليل ذكر الذكر بعد الرجل. وتعتبر الاخوات الشقيقات والاخوات من الاب من العصبات مع الغير عند الاجتماع مع بنت المتوفي او بنت ابنه، ويكون حكمهن حكم الاخوة الاشقاء او من الاب[٢].

ب – جاءت امرأة سعد بن الربيع الى الرسول (ﷺ) بابنتيها مع سعد فقالت: يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل ابوهما معك في احد شهيدا وان عمهن اخذ مالهما فلم يدع لهما مالا ولا ينكحان الا بمال فقال: يقضي الله في ذلك، فنزلت آية المواريث. فارسل رسول الله (ﷺ) الى عمهما فقال: اعط ابنتي سعد الثلثين وامهما الثمن وما بقي فهو لك[٣].

ج- عندما سئل ابن مسعود عن كيفية توزيع تركة من توفي عن ابنة وابنة ابن واخت شقيقة قال: اقضي بما قضى النبي: للبنت النصف ولابنة الابن السدس تكملة للثلثين. وما بقي فللأخت[٤].

---

[١] متفق عليه: صحيح البخاري ٦/٢٤٧٦، وصحيح مسلم: ٣/١٢٣٣(١٦١٤).

[٢] المهذب لابي اسحاق ابراهيم بن علي الشيرازي، ٢/٢٧.

[٣] سنن الترمذي: ٤/٤١٤ (٢٠٩٢).

[٤] صحيح البخاري: ٦/٢٤٧٧ (٦٣٥٥).

وقد نشأ من هذا الخلاف بين الفقه السني والفقه الجعفري الاختلاف في ميراث البنت او البنات في كثير من المسائل التطبيقية منها:

أ- اذا توفي شخص عن بنت او بنتين فاكثر مع اخ شقيق، او لاب، او اخت شقيقة اولاب، او ابن اخ شقيقة، اولاب، او عم، او ابن عم، فالتركة تكون للبنت او البنات فرضا وردا لدى الجعفري، ويكون للبنت النصف وللبنات الثلثان وما تبقى يكون للاخ او ابنه او الاخت او العم او ابنه لدى فقهاء اهل السنة.

ب – اذا توفي شخص عن ام واب وبنت يكون لكل من الابوين السدس وللبنت النصف، والباقي يرد عليهم بالنسبة الى حصصهم لدى الجعفرية[1] ويكون للاب فقط تعصيبا لدى اهل السنة.

ج – اذا توفي شخص عن ام مع بنت او بنتين فاكثر يكون للام سدس التركة وللبنت النصف وللبنات الثلثان وما يبقى يرد على الام والبنت او على الام والبنات بالنسبة الى حصصهن باتفاق جميع فقهاء المسلمين. ولا اعتقد ان يكون هنالك رأي يخالف ذلك.

وفي ضوء هذا العرض الموجز نستطيع ان نورد على التعديل الجديد بالنسبة الى ميراث البنت او البنات الملاحظات التالية:

١-ان ما جاء في الفقرة الثانية من المادة (٩١) المعدلة بشأن ميراث البنت او البنات حكمان احدهما يتفق مع المذهب الجعفري والثاني يصطدم مع رأي جميع فقهاء المسلمين.

الحكم الاول الموافق للمذهب الجعفري هو ان بنت المتوفي تحجب من التركة كل ما يحجبه ابن المتوفي.

الحكم الثاني المخالف لاجماع فقاء المسلمين هو ان البنت تستحق ما تبقى من التركة بعد اخذ الابوين والزوج الاخر فروضهم طبقا لنص الفقرة الثانية المذكورة اعلاه.

وبمقتضى هذا النص اذا توفي شخص عن ام وبنت يكون للام السدس والباقي يكون للبنت، وهذا لم يقل به احد من الفقهاء بل المقرر في الاحكام الشرعية الاسلامية هو ان للأم السدس وللبنت النصف وان الباقي يرد عليهما بالنسبة الى حصصهما. ومن الواضح ان هذا الحكم في الشريعة الاسلامية اقرب الى العدالة لان الام – وهي في

---

[1] ايضاح الفوائد في شرح القواعد، المرجع السابق، ٢١١/٤.

مرحلة الشيخوخة – تستحق الرعاية والاهتمام اكثر من البنت التي سوف تتزوج ويكون الزوج هو المسؤول عن الانفاق عليها، وقد تكون موظفة كما هو الغالب في حياتنا المعاصرة.

٢-ان ما جاء به التعديل من حكم ميراث البنت او البنات يتعارض مع النهج الاشتراكي الذي هو احد الاهداف الرئيسة للدولة، لان ثروة المتوفي بمقتضى هذا التعديل تؤول الى البنت وحدها عند عدم وجود الابوين واحد الزوجين رغم وجود الاخوة والاخوات او اولاد الابن او اولاد البنت للمتوفي، حيث تنص الفقرة المذكورة على ان: (وتستحق جميع التركة في حالة عدم وجود اي منهم) اي عدم وجود الابوين واحد الزوجين. كما انه يتعارض مع روح الشريعة الاسلامية التي استهدفت تفتيت الثروات الكبيرة وتجزئتها الى ملكيات صغيرة من جهة والعمل على بقاء وحدة وتماسك الاسرة وتضامن افرادها وازالة اسباب البغض والحقد والحسد بينهم من جهة اخرى.

ان اية محاولة لتحقيق المساواة بين الابن والبنت في احكام الميراث تصطدم مع سنة الحياة وواقع الطبيعة البشرية القرآن الكريم عندما اعطى الذكر من التركة اكثر مما اقره للانثى لم يقصد بذلك تمييز وتفضيل الذكر على الانثى كما زعم البعض، بل الواقع هو عكس ذلك تماما فالاسلام فضل الانثى على الذكر في مجال المركز القانوني والاجتماعي. وخير شاهد على ذلك هو ان احدا من اصحاب الرسول(ﷺ): قال يا رسول الله اي الناس احق مني بحسن الصحبة؟ قال: امك، قال ثم من؟ قال امك، قال: ثم من قال امك، قال ثم من؟ قال ابوك)[١].

ان هذا الحكم من رسول الله(ﷺ) لدليل واضح على تفضيل الانثى على الذكر اضعافا مضاعفة.

وانما اراد القرآن الكريم بالفرق بين الذكر والانثى في الميراث رعاية للعدالة في مساواة حقوق الفرد مع التزاماته. ومن البديهي ان حقوق المواطن يجب ان تكون مساوية لالتزاماته، وان كل اخلال بذلك خروج عن العدالة ومخالف للدستور الذي هو اعلى قانون في كل بلد، كما ان من الواضح انه لاتزال التزامات الرجل اكثر من التزامات المرأة في الاسرة بل في المجتمع اشتراكيا كان ام غيره رغم تطور الحضارة البشرية ودخول المرأة في معركة الحياة الى

---

[١] متفق عليه: صحيح البخاري: ٢٢٢٧/٥(٥٦٢٦)، وصحيح مسلم: ١٩٧٤/٤(٢٥٤٨).

جانب الرجل في شتى المجالات. ولا يزال الزوج هو المسؤول عن المهر وعن نفقات مراسيم الزواج وعن الانفاق على الاولاد وعن مواجهة الاعداء في الحروب.

ان التعديل الجديد لم يحاول تحقيق المساواة بين الابن والبنت في الميراث عند عدم الابن فحسب بل ذهب الى ابعد من ذلك فاعطى البنت اكثر مما يستحقه الابن، وذلك لان الجد والجدة يرثان مع ابن المتوفي بمقتضى المادة (٩٠) التي احالت توزيع الانصبة والاستحقاق الى المحاكم الشرعية، حيث ان هذه الاحكام تقضي بان ابن المتوفى لا يحجب جده وجدته باستثناء المذهب الجعفري، في حين ان كلا من الجد والجدة لا يرث مع بنت المتوفى طبقا لهذا التعديل.

العدالة تقضي بان يحل اولاد الابن او البنت محل ابيهم او امهم اذا مات الاب او الام قبل وفاة الجد، وهذا ما اقره اكثر قوانين البلاد العربية، منها قانون الوصية المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٦٤ تحت عنوان "الوصية الواجبة" حيث تنص المادة (٧٦) منه على انه: (اذا لم يوص للميت لفرع ولده الذي مات في حياته او مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثا من تركته لو كان حيا عند موته وجبت للفرع في التركة وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث).

وطبقا لهذا النص اذا كان لشخص اولاد ذكورا كانوا ام اناثا ومات احدهم قبله وترك فروعا فانهم يحلون محله في الميراث، وهذا حكم يدعو اليه الانصاف والعدالة واقره الفقه الاسلامي[1] مع انه لا يجوز العمل به بمقتضى هذا التعديل.

كان الاحرى بالمشرع ان يعالج المشاكل القائمة المستورة منذ اكثر من الف سنة في هذا القطر بالنسبة لبعض المسائل الاخرى في الميراث كمشكلة ميراث اولاد البنت فهم من المرتبة الاولى من الاقارب عند الجعفرية في حين انهم من المرتبة الاخيرة من الاقارب عند اهل السنة. وعلى سبيل المثال اذا توفي شخص عن ابن بنت وابن عم فالميراث كله يكون لابن البنت عند الجعفرية ولابن العم عند اهل السنة، ومن البدهي ان القانون يشرع ويعدل ويلغي في ضوء حاجات البلد. ولكل ما ذكرنا فان العدالة تدعو الى اعادة النظر في تعديل المادة (٩١) من قانون الاحوال الشخصية بما يتفق مع روح الشريعة الاسلامية.

---

[1] ينظر: المحلى، لابن حزم، ٣١٤/٦.

مقترحات لتعديل قانون
الاحوال الشخصية رقم
(١٨٨) لسنة ١٩٥٩

مقترحات تتعلق بالزواج

- تعديل الفقرة الاولى من المادة الأولى وما يحل محلها والاسباب للموجبة.
- الغاء الفقرة الاولى من المادة الثالثة واستحداث مادة لأحكام اخلال الخطبة والاسباب للموجبة.
- تعديل الفقرة الاولى من المادة التاسعة والاسباب الموجبة.
- اضافة فقرة ثالثة الى المادة (٢٣) والاسباب الموجبة.
- الغاء الفقرة (ب) من المادة (٢٥) والاسباب للموجبة.

مقترحات تتعلق بانحلال الزواج:

- الغاء الفقرة الثانية من المادة (٣٥) والاسباب الموجبة.
- الغاء المادة (٣٨) وما يحل محلها والاسباب للموجبة.
- الغاء او تعديل للمادة (٤٢) والاسباب الموجبة.

مقترحات تتعلق باحكام الوصية والميراث:

- تعديل المادة (٧٤) وما يحل محلها والاسباب الموجبة.
- تعديل الفقرة الثانية من المادة (٩١) وما يحل محلها والاسباب الموجبة.

١-كما ان لكل دولة في العالم المتحضر دستورا وظيفته التصميم والتخطيط ووضع خارطة لتنظيم حياة المجتمع وتخويل المشرع تشييد ابنية القوانين في ضوء تلك الخارطة حسب مستلزمات الحياة كذلك شأن القرآن فهو دستور خالد للأسرة البشرية صنع دائرة من الاخلاق واقتصر على الكليات وخول العقل البشري ارجاء الجزئيات الى تلك الكليات في كل زمان ومكان وامره بان يتحرك وفق متطلبات الحياة على ان يكون هذا التحرك ضمن تلك الدائرة الاخلاقية.

غير انه تناول احكام الاسرة بتفصيل بحيث ضيق مجال الاجتهاد للفقيه وللمشرع والقاضي في تلك الاحكام والسر في ذلك ان الاسر خلايا هيكل المجتمع ان فسدت فسد المجتمع وعمت الفوضى وسادت الرذيلة وان صلحت صلح المجتمع وعم الخير وسادت الفضيلة.

وانبثاقا من هذا الواقع انحصرت مصادر قوانين الاحوال الشخصية للبلاد العربية وغير العربية من دول الاسلامية في الشريعة الاسلامية فما ورد فيها من احكام تتعارض مع الشريعة انما هو من أخطاء لجنة اعداد مشروع هذا القانون او تعديلاته ولم تكن المخالفة مقصودة من المشرع.

٢-قبل تشريع قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ كان القضاء العراقي يطبق في احكام الاسرة فقه ابي حنيفة وفقه الامامية، وعندما صدر هذا القانون لم يتناول جميع احكام الاحوال الشخصية بل تناول احكام الزواج والطلاق والوصية وبعض احكام للميراث ونصت المادة (٩٠) منه على انه مع مراعاة ما تقدم يجري توزيع الاستحقاق والانصبة على الوارثين بالقرابة وفق الاحكام الشرعية التي كانت مرعية قبل تشريع قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.

٣-وتداركا للنقص الموجود في هذا القانون ونظرا لحدوث تطورات ولظروف مر بها العراق اجريت عليه عدة تعديلات لم تكن موفقة في سد ذلك النقص واستجابة تلك

المستجدات، بل بعكس ذلك استحدثت حقوقا لبعض على حساب التزامات لبعض اخر بحيث لم تكن هذه الحقوق والالتزامات متعادلة في الحجم.

٤-ان مسؤليتي الدينية والوطنية تحتم علي عرض بعض الملاحظات والمقترحات حول هذا القانون على السادة المسؤولين راجيا ان تؤخذ في نظر الاعتبار موزعا هذا العرض من الناحية الشكلية على ثلاثة مباحث يخصص الاول لما يتعلق بالزواج والثاني لانحلال الزواج والثالث في الوصية والميراث.

المبحث الأول
مقترحات تتعلق بالزواج ومقدماته

قبل الدخول فيما يتعلق بالخطبة والزواج من الضروري الاشارة الى خطأ موجود في الفقرة الاولى من هذا القانون ومن اكثر القوانين المدنية العربية بضمنها القانون المدني العراقي القائم التي نصها: (تسري النصوص التشريعية لهذا القانون على جميع المسائل التي تناولتها هذه النصوص في لفظها او في فحواها).

البديل المقترح: (تسري النصوص التشريعية لهذا القانون على جميع المسائل التي تناولتها بمنطوقها او مفهومها).

الاسباب الموجبة:

١-الاختصار في الصياغة لان عبارة (هذه النصوص) زائدة وحشو.

٢-ان هذه الفقرة تعطي للقاضي صلاحية استقاء احكام القانون من قناتين فقط وهما المنطوق الصريح للنص والمفهوم الموافق بل صورة من صور المفهوم الموافق وهي ان تكون علة الحكم في المسكوت عنه اقوى منها في المنطوق به اما اذا كانت متساوية فيسمى المفهوم لحن الخطاب دون فحوى الخطاب.

بينما للقاضي صلاحية استقاء الأحكام من القنوات الست الاتية:

١- **المنطوق الصريح:** وهو ما يدل عليه النص بالفاظه وعباراته دلالة لفظية وضعية.

٢- **اقتضاء النص:** وهو دلالة عقلية التزامية للنص على ان هناك كلمة اوعبارة تتطلب من القاضي ان يضيفها اليه ليدل على المعنى المراد للمشرع وعلى سبيل المثال المادة (٩٥) من قانون رعاية القاصرين[1]: (يعتبر يوم الحكم بموت المفقود تاريخا لوفاته) تقتضي اضافة هذه العبارة اليها: (ما لم يستند الحكم الى تاريخ سابق).

---

[1] رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠.

وكذلك المادة (٨٧٥) من مشروع القانون المدني الجديد التي تنص على ان: (للموكل ان يعزل وكيله متى شاء وللوكيل ان يتنحى عنها متى اراد) تقتضي ان تضاف اليها عبارة: (ما لم يتعلق بها حق للغير).

٣- **اشارة النص (او دلالة الاشارة)**: وهي دلالة لفظية عقلية التزامية للنص على حكم تابع لمنطوقه الصريح ولازم له كما في المادة (٣٧٨) من قانون العقوبات[1] التي تدل بمنطوقها على انه: (لا يجوز تحريك دعوى الزنى ضد أي من الزوجين أو اتخاذ اي اجراء فيها إلا بناء على شكوى الزوج الآخر)، وتدل دلالة اشارة على ان الخيانة الزوجية من احد الزوجين اعتداء على حق خاص للزوج الآخر.

وكدلالة قوله تعالى ﴿لاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾[2]، دلالة الاشارة على ان المهر ليس ركنا ولا شرطا في الزواج لجواز الطلاق قبل الدخول وقبل تحديد المهر ومن الواضح ان الطلاق انما يكون بعد الزواج الصحيح.

٤- **ايماء النص (او دلالة الايماء)**: وهو دلالة النص دلالة لفظية عقلية التزامية على ان الحكم الوارد فيه معلل بعلة يدور معها وجودا وعدما كما في المادة (٢٨٧) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي[3] والتي تدل بمنطوقها الصريح على تأجيل تنفيذ حكم الاعدام الصادر بحق المرأة الحامل الى ما بعد الولادة وكذلك يؤجل بعد الولادة لمدة اربعة اشهر وتدل دلالة ايماء على ان علة التأجيل هي حماية حياة الطفل فاذا ثبت بالاجهزة الحديثة عدم وجود الجنين او مات بعد ولادته مباشرة فلا يؤجل تنفيذ الحكم لان الحكم يدور مع علته وجودا وعدما.

٥- **المفهوم الموافق (او مفهوم الموافقة)**: وهو حكم يؤخذ من روح النص لا من الفاظه ومن مغزاه وعلته كما في المادة (٢٣٧) من قانون العقوبات المصري القائم التي تدل بمنطوقها الصريح على ان: (من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها في الحال هي ومن يزني بها يعاقب بالحبس بدلا من العقوبات المقررة من المادتين (٢٣٤ و ٢٣٦)

---

(١) رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

(٢) سورة البقرة / ٢٣٦.

(٣) رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١،

وتدل بمفهومها الموافق من باب اولى على تخفيف العقوبة الى الحبس اذا اصاب الزوجة ومن يزني بها بعاهة مستديمة).

٦- المفهوم المخالف (أو مفهوم المخالفة): وهو الحكم المأخوذ من تخلف قيد وارد في النص معتبر في حكمه بحيث يعتبر بمثابة الشرط لتطبيق منطوق النص كما في المادة (١٢٩/١) من القانون المدني القائم[1] التي تدل بمنطوقها الصريح على انه: (يجوز ان يكون محل الالتزام معدوما وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعيينا نافيا للجهالة والضرر)، ففي هذا النص قيدان احدهما ممكن الحصول في المستقبل والثاني التعيين النافي للجهالة والضرر فاذا تخلف احدهما او كلاهما يكون الحكم: (لا يجوز) بدلا من: (يجوز).

الخطبة وآثار انحلالها

لم يتطرق المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية القائم لآثار انحلال الخطبة لعدول أحد الخاطبين او بسبب لا ارادي كالموت، وانما اقتصر على الفقرة الثالثة من المادة الثالثة التي نصها: (الوعد بالزواج وقراءة الفاتحة والخطبة لاتعتبر عقدا).

وهذا نقص تشريعي في موضوع مهم يجب سده لذا اقترح الغاء هذه الفقرة واستحداث مادة مستقلة قبل المادة الثالثة كالآتي:

المادة الثالثة:

١-الخطبة: وعد بالزواج وفق الضوابط الشرعية والعرفية ولاتسري عليها احكام العقد.

٢-يترتب على انحلال الخطبة الآثار الآتية:

أ. من عدل عن الخطبة بلا مبرر شرعي يلتزم برد ما قبضه لهذه المناسبة بعينه ان كان باقيا والا فبدله اذا لم يكن هناك شرط او عرف يقضي بخلاف ذلك.

ب. اذا انتهت الخطبة بوفاة احدهما او عارض آخر لا ارادي قبل اكمال الزواج فلا يسترد شيء من الهدايا الا بالتراضي.

ج. اذا ترتب على العدول عن الخطبة ضرر مادي او معنوي يتحمل المتسبب منهما التعويض للآخر على اساس المسؤولية التقصيرية.

---

[1] رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

د. ما قبض على حساب المهر قبل انعقاد الزواج يجب رده في جميع الاحوال لانه من آثار الزواج فاذا اشترت به المخطوبة الجهاز او الحلي فعليها رد ما استلمته اذا كان العدول منها، والا فتخير في الرد بين ذلك وما اشترت به).

الاسباب الموجبة:

١. عدم معالجة المشرع العراقي لهذه الاحكام.

٢. وقائع العدول عن الخطبة كثيرة قد يؤدي الخلاف فيها الى نتائج سلبية تنعكس اثارها على اسرتي الخاطب والمخطوبة ماديا او معنويا فيجب تحديد حلول عادلة لها في القانون ولايترك ذلك للسلطة التقديرية القضائية لخطورتها.

٣. أسوة بأهم قوانين الاحوال الشخصية العربية[1].

- الفقرة الاولى من المادة (٩) التي نصها: (لا يحق لأي من الاقارب والاغيار اكراه اي شخص ذكرا كان ام انثى على الزواج دون رضاه. ويعتبر عقد الزواج دون رضاء باطلا اذا لم يتم الدخول الخ).

المقترح: تبديل كلمة" (باطلا) بلفظ: (فاسدا) او (موقوفا).

الاسباب الموجبة:

١. مفهوم مخالفة شرط: (اذا لم يتم الدخول) هو ان الزواج الباطل يتحول الى الصحيح بمجرد الدخول ولو كان باكراه ايضا على اساس ان الدخول اجازة والباطل يتحول الى الصحيح بالاجازة اللاحقة وهذا مرفوض في المنطق القانوني.

٢. لا يوجد في العالم قانون يقرر تحويل العقد الباطل بطلانا مطلقا الى الصحيح بالاجازة اللاحقة ومن المعروف ان المشرع العراقي لم يأخذ بالبطلان النسبي (القابل للأبطال) حتى تلحقه الاجازة فالباطل والمعدوم سيان.

٣. المشرع العراقي اعتبر في المادة (١٥٥) من القانون المدني عقد المكره موقوفا حيث نصت على ان: (من اكره اكراها معتبرا بأحد نوعي[2] الاكراه ابرام عقد لا ينفذ عقده).

---

(١) منها الفصل الثاني من مجلة الاحوال الشخصية التونسية. والفصل الثالث من مدونة الاحوال الشخصية المغربية والمادتان (٤ و ٥) من الجريدة الرسمية اليمنية والمادة (٤) من قانون الاحوال الشخصية السورية.

(٢) الاكراه الملجئ وغير الملجئ.

٤. المشرع العراقي لم يأخذ بمذهب ابي حنيفة في اقرار العقد الفاسد في القانون المدني القائم لكنه اخذ به في المادة (٦) من قانون الاحوال الشخصية التي تضمنت شروط الانعقاد وشروط الصحة وفي المادة (٢٢) منه حيث اقرت للمدخول بها في الزواج الفاسد مهر المثل اذا لم يذكر في العقد والأقل منه ومن المهر المسمى اذا ذكر. ومن اصول فقه ابي حنيفة ان العقد الفاسد للاكراه تلحقه الاجازة كالعقد الموقوف.

المادة (١٩/٣) ونصت الفقرة الثالثة من هذه المادة على انه: (تسري على الهدية احكام الهبة).

المقترح: الغاء هذه الفقرة.

الاسباب الموجبة هي:

١. اذا اخذ بالمقترح المذكور في تعريف الخطبة واثار اخلالها تكون هذه الفقرة زائدة.

٢. لا يصح قياس هدايا الخطبة على الهبة لاختلافهما من حيث اللزوم والغاية وحالات الرجوع وموانعه.

- المادة (٢٣) وهي تتعلق ببيان احكام نفقة الزوجة على زوجها في الفقرتين الاولى والثانية.

المقترح: اضافة فقرة ثالثة اليها كالآتي: (٣- للزوج الفقير العاجز عن العمل النفقة على زوجته الغنية).

الاسباب الموجبة:

١. ربط القرآن الكريم النفقة بالميراث في قوله تعالى: (وعلى الوارث مثل ذلك) بعد قوله: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾[1]، اي على وارث الطفل بعد وفاة والده نفقته وهذا الربط من باب: (الغنم بالغرم) او (الغرم بالغنم) فما دامت الزوجة وارثة للزوج اذا مات قبلها فهي مسؤولة عن الانفاق عليه اذا كانت متمكنة وهو فقير عاجز عن الكسب.

٢. بين الزوجين ميثاق غليظ كما قال تعالى: ﴿وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا﴾[2] فالرابط بينهما رابطة روحية مستقاة من هذا الميثاق ومقتضاه يجب ان يكونا شركاء في السراء والضراء.

---

(١) سورة البقرة/ ٢٣٣

(٢) سورة النساء /٢١

٣. تضمن مشروع قانون الاحوال الشخصية الموحد للبلاد العربية هذا المقترح.

-المادة (٢٥) الفقرة الثانية: (لاتلزم الزوجة بمطاوعة زوجها ولا تعتبر ناشزا اذا كان الزوج متعسفا في طلب المطاوعة قاصدا الاضرار بها او التضيق عليها ويعتبر من قبيل التعسف والاضرار بوجه خاص هو ما يأتي"

أ. عدم تهيئة الزوج لزوجته بيتا شرعيا يتناسب مع حالة الزوجين الاجتماعية والاقتصادية.

ب. اذا كان البيت الشرعي المهيأ بعيدا عن محل عمل الزوجة بحيث يتعذر معه التوفيق بين التزاماتها البيتية والوظيفية).

المقترح: هو حذف الفقرة (ب) للأسباب الآتية:

١. التوفيق بين الالتزامات البيتية والوظيفية امر صعب اذا لم يكن مستحيلا ولو كان البيت الشرعي داخل محل عمل الزوجة اذا لم يكن بين الزوجين تعاون وتكافل.

٢. العدالة ومصلحة الاسرة تتطلبان ترك الحرية للزوجين للاتفاق على اختيار المكان الملائم والمناسب للسكنى بحسب المكنة المالية للزوج.

٣. المفروض في قانون الأسرة ان يكون عاملا مساعدا على استقرارها واستمرارها وعدم فتح الباب امام خلافات قد تؤدي الى انهيارها.

المبحث الثاني

المقترحات المتعلقة بانحلال الزوج

-المادة (٣٥) التي نصها: (لا يقع طلاق الأشخاص الآتي بيانهم:

١. السكران والمجنون والمعتوه والمكره ومن كان فاقد التمييز من الغضب او مصيبة مفاجئة او كبر او مرض.

٢. المريض في مرض الموت او في حالة يغلب في مثلها الهلاك اذا مات في ذلك المرض او تلك الحالة وترثه زوجته).

المقترح: الغاء الفقرة الثانية من هذه المادة للأسباب الآتية:

١. اذا كان عدم وقوع الطلاق لعدم الادراك والوعي الكاملين فان هذا الحكم نصت عليه الفقرة الأولى فتكون الثانية عبثا.

٢. اذا كان عدم وقوع الطلاق لرعاية حقوق الزوجة من الميراث وغيره فان هذه الحقوق مضمونة رغم وقوع الطلاق بائنا بينونة صغرى او كبرى باجماع فقهاء الشريعة الاسلامية اذا توافرت الشروط الآتية:

أ. ان يكون الطلاق في مرض الموت.

ب. ان يموت في هذا المرض.

ج. ان لا يكون الطلاق بسبب من الزوجة ولا بطلب منها.

د. ان يكون بعد الدخول[1].

واذا تحققت هذه الشروط ترث عند الحنيفة اذا مات الزوج وهي مازالت في عدة الطلاق[2].

وعند الامامية اذ لم تمض سنة على الطلاق ولم تتزوج[3].

وعند الحنابلة ما لم تتزوج[1].

---

(١) ولم يشترط الاباضية هذا الشرط. شرح النيل وشفاء العليل: ٢٧٦/٨.

(٢) المبسوط – للسرخسي: ١٥٤/٦. بدائع الصنائع – للكاساني: ٢٠٦٦/٤.

(٣) الكافي – للكليني: ١٢٢/٦. الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية – لعاملي: ٣٢٧/٢.

وعند المالكية[٢] والاباضية[٣] ترث مطلقا.

٣. عدم وقوع طلاق المريض مرض الموت مخالف لاجماع فقهاء الاسلام ولجميع قوانين البلاد العربية والاسلامية ما دام الزوج المريض متمتعا بالادراك والوعي الكاملين.

٤. كيف يعلم القاضي او المفتي ان هذا المريض يموت في هذا المرض مع انه الله قادر على شفائه فتبقى الزوجة المطلقة بين الزوجية واللازوجية الى ان يعرف مصير الزوج بالشفاء او الموت.

٥. محكمة التمييز في العراق اقرت ان مرض الموت عذر ومن عوارض الاهلية في السنة الأخيرة قبل موت المريض فقط وفيما عداها تصرفاته كتصرفات حالة الصحة.

٦. اذا كان الطلاق لايقع فما هي فائدة عبارة (وترثه زوجته) في نهاية النص؟

-المادة (٣٦) التي نصها (الطلاق قسمان:

١. رجعي وهو ما جاز للزوج مراجعة زوجته اثناء عدتها منه دون عقد وتثبت الرجعة بما يثبت به الطلاق.

٢. بائن وهو قسمان:

أ. بينونة صغرى: وهي ماجاز فيه للزوج التزوج بمطلقته بعقد جديد.

ب. بينونة كبرى: وهي ما حرم فيه على الزوج التزوج من مطلقته التي طلقها ثلاثا متفرقات ومضت عدتها).

المقترح: الغاء هذه المادة بكافة فقراتها؟

والبديل المقترح هو الاتي: (الطلاق قسمان:

١. رجعي: وهو كل طلاق بعد الدخول بلا عوض اذا لم يكن مكملا لثلاث.

حكمه: للزوج مراجعة زوجته اثناء عدتها منه بدون عقد.

٢. بائن: وهو كل طلاق تخلف فيه شرط من شروط الطلاق الرجعي[٤].

---

[١] المغني – لابن قدامة: ٦/٣٣٠.

[٢] المنتقى شرح موطا الأمام مالك: ٤/٨٥ وما يليها.

[٣] شرح النيل وشفاء العليل – لاطفيش (محمد بن يوسف)

[٤] فكل طلاق بائن اذا كان من قبل الدخول او بعوض او كان للمرة الثالثة او كان رجعيا وانتهت العدة فكل رجعي بعد انتهاء العدة يصبح بائنا والمشرع العراقي اعتبر في (م٤٥) من هذا القانون التفريق القضائي بائنا بينونة صغرى.

والبائن قسمان:

أ. بينونة كبرى/ وهي كل الطلاق للمرة الثالثة، وحكمها: عدم جواز استئناف الحياة الزوجية بينهما ما لم تتزوج زوجا آخر يفارقها بعد الدخول بموت او طلاق[١].

ب. بينونة صغرى/ وهو كل طلاق بائن لا يكون للمرة الثالثة. وحكمها: أنه يجوز للزوج أن يستأنف الحياة الزوجية مع المطلقة بعقد جديد، كما كان في المرة الأولى.

الاسباب للموجبة:

١ـعرف المشرع العراقي كلا من الطلاق الرجعي والبائن بحكمه وهذا غير صحيح في المنطق القانوني لان القاضي لا يستطيع ان يحكم بجواز مراجعة الزوجة بدون عقد او بعقد جديد ما لم يعلم مقدما ان الطلاق رجعي او بائن.

٢ـلم يذكر المشرع العراقي في الفقرة (ب) طريقة استئناف الحياة الزوجية بعد الطلقة الثالثة كما جاء في القرآن الكريم.

٣ـان عبارة: (ومضت عدتها) في الفقرة (ب) توهم ان للزوج من مطلقته ثلاثا مراجعتها بعقد جديد اذا لم تنته عدتها وهذا مخالف للقرآن الكريم.

التفريق القضائي

المقترحات التي تتعلق بالتفريق القضائي هي الآتية:

اولا: التقليل من اسباب التفريق القضائي التي استحدثها المشرع العراقي للظروف الاستثنائية التي مر بها قطرنا العزيز وقد زالت تلك الظروف او على طريق الزوال علما بان اسباب التفريق القضائي في جميع دول العالم لا تتجاوز سبعة[٢].

ثانيا: الغاء مادة (٤٢) و تعديلها بما يحول دون استعمالها بكثرة لهدم الأسرة العراقية.

ونصها: (اذا ردت دعوى التفريق لاحد الاسباب المذكورة في المادة الاربعين من هذا القانون لعدم ثبوته واكتسب قرار الرد درجة البتات ثم اقيمت دعوى ثانية لنفس السبب فعلى المحكمة ان تلجأ الى التحكيم وفقا لما ورد في المادة الحادية والأربعين).

---

[١] لقوله تعالى: (فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ) سورة البقرة/٢٣٠، فان طلقها (اي للمرة الثالثة).

[٢] ينظر مؤلفنا: مدى سلطان الارادة في الطلاق في شريعة السماء وقانون الارض خلال اربعة آلاف سنة: ١٨١/٢-١٥٨.

الاسباب الموجبة:

١. منطوق هذه المادة جواز التفريق القضائي رغم عدم ثبوت من اسبابه.

٢. كثيرا ما يختار الحكمان من قبل محامي الزوجة او من القاضي دون رعاية قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾[1].

ودون التأكد من امانة وصدق الحكمين.

ثالثا: المادة (٤٣) التي نصها: (للزوجة طلب التفريق عند توفر الاسباب الآتية:

١. اذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فاكثر ولو كان له مال يستطيع الانفاق منه).

٢. اذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين فاكثر بلا عذر مشروع ولو كان الزوج معروف الاقامة وله مال تستطيع الانفاق منه.

المقترح: تعديل هاتين الفقرتين كالآتي:

أ. البديل المقترح للفقرة الأولى:

(اذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فاكثر بعد مضي سنة على تنفيذ الحكم ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه).

الاسباب الموجبة:

١. لا يوجد قانون في العالم يعطي هذا الحق للزوجة بعد صدور الحكم مباشرة بل قيد ذلك في بعض القوانين بمضي سنتين على تنفيذ الحكم وبعضها قيده بمضي سنة فاكثر.

٢. السجون في العراق اصبحت بمثابة المدارس الاصلاحية فهناك مجال لالتقاء الزوجين في السجن او عن طريق منح الاجازة للمسجون او المحبوس بكفالة لمدة معقولة يقضيها مع زوجته واولاده في بيته. ولا يخشى على الزوجة الوقوع في الخطأ وبوجه خاص اذا كان للزوج مال تستطيع الانفاق منه.

٣. كثيرا ما يصدر العفو العام او الخاص وهذا يدعو الى التريث وعدم التسرع في التفريق القضائي.

٤. احيانا يتبين بعد الحكم ومباشرة التنفيذ ان المتهم المحكوم عليه كان بريئا فيطلق سراحه.

---

[1] سورة النساء /٣٥.

ب- البديل المقترح للفقرة الثانية:

٢- اذا هجر الزوج زوجته مدة سنة فاكثر بلا عذر مشروع ولو كان الزوج معروف الاقامة وله مال تستطيع الانفاق منه).

الاسباب الموجبة:

١. القرآن الكريم اعطى للزوجة – التي هجرها زوجها بدون عذر – التربص مدة اربعة اشهر ثم لها حق المطالبة بالتفريق القضائي قال سبحانه: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا [1] اربعة اشهر فان فاؤوا[2] فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ، وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ[3]، فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[4]، والايلاء هو ان يحلف الزوج اليمين انه لا يعاشر زوجته وكان طلاقا قبل الاسلام فالغى بعده لكن اليمين على الهجر ليس شرطا لمطالبة الزوجة بالتفريق بعد اربعة اشهر من الهجر بدون عذر.

قال القرطبي في تفسيره الجامع لأحكام القرآن[5]: قال علماؤنا (اي المالكية) ومن امتنع عن وطء امرأته بغير يمين حلفها اضرارا بها امر بوطئها فان ابى واقام على امتناعه مضرا بها فرق بينه وبينها من غير ضرب اجل.

ويتفق مع المالكية في عدم اشتراط اليمين ما دامت الزوجة متضررة الحنابلة[6] والزيدية[7].

وقال الحنفية[8]: ان لم يعاشر زوجته بدون عذر الى ان مضت مدة اربعة اشهر تبين زوجته بطلقة واحدة بائنة تلقائيا بدون حكم القاضي.

ويرى المالكية[1] انه: اذا انتهت مدة اربعة اشهر ولم يعاشر زوجته فان الحاكم (القاضي) يوقع عليه طلاقا رجعيا ويتفق معهم الشافعية[2].

---

(١) اي انتظار اربعة اشهر.

(٢) اي رجعوا الى المعاشرة الزوجية.

(٣) فاعتبر القرآن الاصرار على الهجر عزما على الطلاق.

(٤) سورة البقرة/ ٢٢٦-٢٢٧.

(٥) ١٠٣/٣ قارن لمختصر خليل وشرح الخرشي/ ٩٣/٤.

(٦) قال المرداوي في الانصاف: ١٦٩/٩: (اذا ترك الوقاع مضرا بها من غير عذر تضرب له مدة الايلاء وله حكمه وقال وهو الصواب)، اي بعد اربعة اشهر من البدء بالهجر لها طلب التفريق.

(٧) الروض النضير: ٢٦٨/٤ والبحر الزخار: ٢٤٢/٣.

(٨) شرح فتح القدير : ١٨٣/٣. تحفة الفقهاء: ٣٠٨/٢. بدائع الصنائع – للكاساني: ١٩٦٢/٤.

وقال الامامية[٣] والظاهرية[٤]: القاضي يحبه بالسوط بعد اربعة اشهر على معاشرة زوجته او الطلاق فان ابى حبسه الى ان يعاشر زوجته او يطلقها او يموت في السجن.

٢. مدة الانتظار بعد الهجر بلا عذر لاتزيد عن سنة في قوانين البلاد العربية[٥].

المبحث الثالث

المقترحات المتعلقة بالوصية والميراث

المادة (٧٤) عالجت شروط واحكام الوصية الواجبة والتي نصها: (اذا مات الولد ذكرا كان ام انثى قبل وفاة ابيه او امه فانه يعتبر بحكم الحي عند وفاة اي منهما وينتقل استحقاقه من الارث الى اولاده ذكورا كانوا ام اناثا حسب الاحكام الشرعية باعتباره وصية واجبة على ان لا تتجاوز ثلث التركة.

تقدم الوصية الواجبة بموجب الفقرة (١) من هذه المادة على غيرها من الوصايا الاخرى في الاستيفاء من ثلث التركة).

المقترح: تعديل هذه المادة بفقرتيها كالآتي:

١. اولاد الأولاد ذكورا كانوا ام اناثا يحلون محل والدهم للمتوفي او والدتهم المتوفاة اذا لم يرثوا ولهم نصيب اصلهم الذي كان يستحقه لو كان حيا باعتباره وصية واجبة على ان لا يزيد المجموع على ثلث التركة ولم يعطهم جدهم او جدتهم حال الحياة ما يساوي هذا الاستحقاق بلا عوض وان كان اقل منه وجبت الوصية بقدر ما يكمله ويسري هذا الحكم على اولاد اولاد الأولاد اذا اجتمعوا مع اولاد الاولاد وان نزلوا.

---

(١) شرح الخرشي: ٩١/٤ ومايليها.

(٢) الانوار للاردبيلي: ٢٩٣/٢.

(٣) شرائع الاسلام: ٨٤/٢.

(٤) المحلى: ٤٣/٢٠ وما بعدها.

(٥) منها قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم (٦١) لسنة ١٩٧٦ المادة (١٢٣) ومدونة الاحوال الشخصية المغربية الفصل (٥٧).

٢. تسري احكام الوصية الواجبة على اولاد الاخوة والاخوات ممن لا يرثون وعلى الزوجين اذا كانت الزوجة كتابية متمسكة بدينها وعلى كل وارث لا يرث لاختلاف الدين.

٣. الوصية الواجبة مقدمة على الوصايا الاختيارية في الاستيفاء من ثلث التركة.

الاسباب الموجبة:

١. الوصية الواجبة في الشريعة الاسلامية التي هي مصدر هذا القانون لا تقتصر على اولاد الاولاد وانما تعم كل وارث يحرم من الميراث بالحجب او اختلاف الدين او غيرهما.

يقول ابن حزم الظاهري[١]: وفرض على كل مسلم ان يوصي لقرابته الذين لا يرثون اما لكفر واما لان هناك من يحجبهم عن الميراث، او لانهم لا يرثون أصلا فيوصي لهم بما طابت به نفسه لاحد في ذلك فان لم يفعل اعطوا ولا بد ما رآه الورثة والوصي فان كان والده او احدهما على كفر ففرض عليه ايضا ولابد، برهان ذلك قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾[٢].

وقال بالوصية الواجبة لكل قريب لا يرث فقهاء الصحابة وفقهاء التابعين وكبار فقهاء الشريعة ولا مجال هنا لاستعراض ذلك مفصلا.

٢. المادة (٧٤) القائمة ناقصة لا تشمل اولاد اولاد الاولاد وان نزلوا ولا غيرهم ممن لا يرثون لحجب او مانع ولا تتضمن شروط الوصية الواجبة.

٣. اذا اعطى الجد او الجدة الاحفاد الذين لا يرثون ما يساوي حصة والدهم المتوفى او والدتهم المتوفاة بلا عوض فليس من العدل والانصاف ان يشاركوا بقية الورثة ايضا عن طريق الوصية الواجبة وهذا الاحتمال اهمله المشرع العراقي.

٤. اختلاف الدين مانع من الميراث ولكن ليس مانعا من الوصية باجماع فقهاء الاسلام فالعدالة الالهية تتطلب عدم حرمان احد الزوجين المختلفين في الدين من التركة وقد ساهما معا في تكوينها.

٥. اذا مات شخص عن ابن اخ وبنت اخ فالميراث يكون كله لابن الاخ لانه عصبة وتحرم اخته لانها من ذوي الأرحام في الفقه السني، اما في فقه الامامية فتوزع التركة

---

(١) علي بن احمد بن سعيد بن حزم المؤسس الحقيقي لمذهب الظاهرية ومن كبار فقهاء القرن الخامس الهجري، ينظر المحلى/ ٩/ ٣١٤.

(٢) سورة البقرة / ١٨٠.

عليهما للذكر مثل حظ الانثيين وللجمع بين هذين الفقيهين ورفع التعارض بينهما في بلد واحد اقترح توزيع التركة عليهما عن طريق الوصية الواجبة للذكر مثل حظ الانثيين.

٦. من مات عن اولاد اخت وعن عم او ابن عم فالميراث كله يكون للعم او ابن العم مع انه ابعد قرابة من اولاد الاخت وعللوا ذلك بانهم من ذوي الارحام والعم او ابن العم من العصبات هذا في الفقه السني. اما في فقه الامامية فاولاد الاخت يحجبون الاعمام واولادهم لانهم من الطبقة الثانية والاعمام واولادهم من الطبقة الثالثة، وللتوفيق بين هذين الفقهين تطبق الوصية الواجبة مادام القرآن الكريم اقرها لكل قريب لا يرث، ودعوى نسخ آية الوصية الواجبة باطلة وخلط بين التخصيص والنسخ فهي خصصت بآيات الميراث وبقي حكما بالنسبة لمن لايرث[١].

-الفقرة الثانية من المادة (٩١): (تستحق البنت او البنات في حالة عدم وجود ابن للمتوفي ما تبقى من التركة بعد اخذ الابوين والزوج الآخر فروضهم منها وتستحق جميع التركة في حالة عدم وجود اي منهم)[٢].

المقترح: الغاء هذه الفقرة واحلال ما يأتي محلها: (تعتبر البنت بحكم الابن في الحجب).

الاسباب الموجبة:

١. اسوة بالفقرة (٤) من المادة (٨٩) من هذا القانون (تعتبر الاخت الشقيقة بحكم الاخ الشقيق في الحجب) وهذه الصياغة هي المقصودة للمشرع العراقي غير ان لجنة اعداد مشروع هذه الفقرة اخطأت في صياغتها الطويلة المخلة.

٢. ان هذه الفقرة مخالفة لاجماع فقهاء الشريعة الاسلامية للأسباب الآتية:

أ. في الفقه السني من مات عن جد وجدة وابن لكل من الجد والجدة سدس التركة والباقي للابن واذا مات عن جد وجدة وبنت تكون التركة كلها للبنت بموجب هذه الفقرة لانها تحجب كل الورثة عدا الاصناف الخمسة المذكورة فيها، وبذلك اصبحت البنت اقوى من الابن في الميراث وهذا ما لم يقل به اي شرع او قانون وقد أرادت اللجنة الأخذ بالفقه الجعفري ولكن خالفت هذا الفقه ايضا كما في الفقرة الاتية.

---

[١] ينظر مؤلفنا – التبيان لرفع غموض النسخ في القرآن: ص١٠٩.

[٢] أضيفت هذه الفقرة بموجب المادة الثامنة من القانون رقم (٢١) لسنة ١٩٧٨ التعديل الثاني لقانون الاحوال الشخصية.

ب. من مات عن أب وام وبنت للمسألة الفرضية تكون من ستة اسهم لكل من الابوين سهم واحد وللبنت ثلاثة اسهم فيبقى سهم واحد يعطي للأب تعصيبا في الفقه السني ويوزع على الكل عن طريق الرد بالنسبة الى حصصهم في الفقه الجعفري ويعطي للبنت بموجب هذه الفقرة، وبناء على ذلك يكون توزيع التركة مخالفا للفقهين المذكورين اللذين يوزع القضاء العراقي التركة على الورثة بموجبها.

٣. ان هذه الفقرة تتناقض مع المادة (٩٠) التي نصها: (مع مراعاة ما تقدم يجري توزيع الاستحقاق والانصبة على الوارثين بالقرابة وفق الاحكام الشرعية التي كانت مرعية قبل تشريع قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩).

رب زدني علما والحقني بالصالحين

أخطاء أصولية لابن السبكي
في كتابه جمع الجوامع

تقويم العالم الأصولي

سماحة الفاضل الشيخ مصطفى الزلمي حفظه الله ورعاه
السلام عليكم ورحمة الله وبركاته، وبعد:

فإن مراجعة التراث أمر ضروري وأعده في فروض الأعيان على القادرين عليه، المؤهلين له. والتراث عندي يجمع بين علوم المقاصد الخمسة المعروفة، وهي: التوحيد، التفسير، والحديث، والأصول، والفقه. وعلوم الوسائل مهما كثرت وتنوعت من لغة ومنطق وسائر ما ألحقه أهل العلم بهما، وهذه لابد من مراجعتها كذلك. فإننا لو راجعنا اللغة على سبيل المثل لوجدنا فيها الكثير مما يمكن مراجعته والاستدراك عليه، وقد فعل ذلك الإمام الرازي ونبه إليه في تفسيره وفي المحصول وغيرهما من كتبه. لكن هذه المراجعات تحتاج الى جهابذة أرجو أن تكونوا منهم خبروا هذا التراث وعاشوا فيه ومعه فترات طويلة، إضافة الى اطلاعهم على تراث أمم أخرى لمعرفة المؤتلف والمختلف في عمليات بناء وتعامل الأمم مع تراثها.

والحق أنه لو جرت تلك المراجعات وأخذت مداها فإنها قد تطال تراث الأئمة الكبار بنفس المستوى الذي نراه في تراث نحو ابن السبكي. كم أتمنى أن نجد أمثالاً لكم في علمهم وخبراتهم وقدراتهم لدراسة وتحليل رسالة الإمام الشافعي (يرحمه الله) الذي حدد الإجتهاد بالقياس، فقال: والإجتهاد هو القياس. ولعل في هذا القول ما فيه. ونجد كثيراً من الأمور التي تستحق التوقف والمراجعة في برهان إمام الحرمين ومستصفى الإمام الغزالي. أما المتأخرون أمثال ابن السبكي فإنهم وقد قيدوا أنفسهم وقيدهم من سبق بقواعد المنطق الأرسطي فلا غرابة أن تكتشف فضيلتكم هذا الذي اكتشفته في جمع الجوامع. أؤيدكم كل التأييد سائلا العلي القدير أن يكثر أمثالكم لمراجعة تراثنا منذ عصر التدوين الى يومنا هذا وتبين ما فيه ولعل أهم ما اكتشفه أخوكم الصغير قلة اعتماد الأصوليين على أدلة الكتاب والسنة، وكثرة الضعيف في ما اعتمدوا عليه من أحاديث وذلك الخلط الشديد بين المصدر المنشئ

للأحكام، ألا وهو الكتاب الكريم وحده، والمصدر المبين على سبيل الإلزام وهي السنة المؤولة للكتاب والمبينة له وحدها. وأما ما ذكروه بين الأدلة بعد هذين الدليلين فما هو الا نوع من الأدوات المنهجية التي يستفاد منها في دائرة مناهج البحث وتسميتها بالأدلة في حاجة الى إعادة نظر. كيف والله تبارك وتعالى يقول: (إن الحكم الا لله) ويقول (ألم تر الى الذين اوتوا نصيبا من الكتاب يدعون الى كتاب الله ليحكم بينهم ثم يتولى فريق منهم وهم معرضون). وهنا كما ترى يفرض على عالم مثلكم خبير بالتراث ملتزم بقضايا أمته غيور عليها حريص على نهضتها أن يراجع هذه الأمور، فكثير من الفقه، بل وبعض القواعد الأصولية لم تبق على الكتاب ولا على تأويلاته وتفسيراته وبياناته في السنة النبوية.

حين نظرت في استدراكاتكم على ابن السبكي وجدت نظرات ثاقبة وفهما وفقهاً وعلماً ينبئ عن نفسه، وما تفضلتم بذكره، ومآخذكم على تعريفات ابن السبكي، لا يخفى عليكم أنهم يزولونه بأن من يعرّفون بالمعرّفات يعرّفونها بإعتبارات عديدة منها المَلَكة التي تقوم بالفقيه والأصولي لكثرة ممارسته للقواعد والأحكام، ومنها المسائل الجزئية الموجودة في كل نوع من أنواع المعرفة، ومنها تعريفات تقوم على اعتبارات اخرى قد تختلف فيها أنظار العلماء من حيث تحديد العوارض الذاتية لكل علم من تلك العلوم والعوارض الأخرى وما إلى ذلك، مما لا يخفى على مثل فضيلتكم.

ولقد كان مشايخنا يستغرقون الأيام الطوال في شرح التعريفات ثم الإستدراك عليها ثم مناقشة الإستدراكات وكثير من أمور لا طائل منها لا تكوّن ملكةً فقهيةً ولا حساً أصولياً، وكلُّ ما أخذتموه على ابن السبكي يؤخذ على غيره من الكاتبين في الأصول أو على كثير منهم على الأقل، وأنا معكم فيه.

لقد بذل مشايخنا ومعلمونا من نفائس اوقاتهم ولأوقاتنا مع المنطق الأرسطي وقضاياه أكثر مما صرفوا من الجهد مع القرآن الكريم وتأويلاته في السنة النبوية. عفا الله عنا وعنهم وغفر لنا ولهم ولا نعتبر أن الوقت قد فات فالقيام بالإستدراكات والمراجعات أمر ضروري جداً.

ملاحظاتكم حول المعتزلة: إسمحوا لي أن أقول أننا وإن كنا نتمنى لو أعطي العقل من المجالات في تكوين التراث ما أعطاه القرآن الكريم لأختلف حال الأمة ولاشك، ولكنهم نسوا حظاً مما ذكروا به، إنصرفوا عنه وانشغلوا بسواه، فبلغت الأمة هذا الحضيض الذي تتمرغ فيه. كنا نتمنى على المعتزلة أن لا يشغلوا الأمة بقضية خلق القرآن وحكم الأشياء

قبل الشرع ولا قضية شكر المنعم ووجوبها بالعقل أو توقفها على النقل ولا قضايا تكليف المعدوم وما شاكل ذلك وأن يتجنبوا إضطهاد علماء الأمة الآخرين والإستنصار بالسلطان عليهم، ولكن تلك أمة قد خلت وعلينا أن نستفيد العبر والدروس.

أخي الكريم أنشر استدراكاتك على جمع الجوامع وليتك تتوسع فيها وتتناول بحاستك النقدية النافذة كتباً أخرى ومؤلفين آخرين وتتوافر على دراسة رسالة الإمام الشافعي التي جعلت الأمة أسيرة ذلك الفهم وسيطرت على الدراسات الأصولية وحددت لها مسارها لمدة ثلاثة قرون تالية بعد وفاة الإمام.

وفقك الله لما يحبه ويرضاه وأرجو لك التوفيق وأتمنى التواصل المستمر بيننا.. والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

تقويم

د. طه جابر

لكتاب اخطاء اصولية لابن السبكي

الواصل من امريكا في ٢٠١٠/١١/٢١

المقدمة

ابن السبكي (رحمه الله) هو عبدالوهاب بن تقي الدين الأنصاري الخزرجي الملقب بتاج الدين ابن السبكي، ولد في القاهرة ٧٢٧هـ وتوفي شهيدا بالطاعون في ذي الحجة ٧٧١هـ، عن (٤٤) سنة، وله آثار علمية غزيرة رغم قصر عمره، منها جمع الجوامع الذي أتي في المرتبة الخامسة من تسلسل مؤلفاته البالغ عددها زهاء عشرين مؤلفاً، وقد جمع هذا المؤلف بين منهج المتكلمين ومنهج الحنفية والمنهج الروحي (التصوف)، إضافة إلى أنه يتميز بأنه من أصول الفقه المقارن، يقارن بين الآراء في أكثر المسائل الأصولية، كما يتميز بالإختصار الشديد والصياغة الدقيقة، وكان ابن السبكي من كبار مجتهدي علماء أصول الفقه، ومن الواضح ان المجتهد كما يصيب الهدف إذا أدرك الحقيقة المنشودة، فقد يقع الخطأ إذا تصور الشئ على غير حقيقته، لكنه مأجور فيا لحالتين، مادام حسن النية لقول الرسول العظيم (ﷺ): ((إذا حكم الحاكم[1] واجتهد وأصاب فله أجران، وإذا حكم وأجتهد وأخطأ فله أجر)). ولا أدعي الوصول الى مرتبة التمييز بين الصواب والخطأ في كلام كبار العلماء، ولكن أرى من واجب كل باحث أن يبدي رأيه في الموضوع الذي يتناوله بالبحث، سواء أكان على صواب أم على خطأ ليساهم مساهمة متواضعة في تطوير موضوع بحثه، ولو كان ذلك حسب اعتقاده، لأن ترديد ما قاله السلف الصالح والتقليد الأعمى لكل ما قيل سابقا من المجتهدين وتقديس القائل في كل صغيرة وكبيرة وتأويل كل عبارة بما يرفع الخلل فيها تعصبا لرأي قائلها، كان كل ذلك في مقدمة أسباب تأخر العالم الإسلامي عن ركب التقدم العلمي في جميع المجالات. وفي عالمنا المعاصر نجد أن كل شئ تطور من حالة إلى حالة أخرى، سوى الفقه الإسلامي وأصول الفقه الإسلامي، ولا تزال أكثر أمثلة الفقه الإسلامي في المذاهب الإسلامية كافة بالية، مثل (باع جارته، رهن عبده، وطأ جارية أبيه... وهكذا)، رغم أن نظام الرق قد ولّى من غير رجعة، بعد أن وجده الإسلام كمستنقع نتن، فقطع جميع

---

[1] أي إذا أراد أن يحكم، لأن الإجتهاد يكون قبل الحكم.

الروافد التي كانت تزوده بالماء، فيبس الى الأبد من غير رجعة، وكذلك ماتزال المراجع الأصولية محرومة من الأمثلة العملية الحديثة، بل نجد مثالا واحداً مكرراً في جميع مراجع أصول الفقه، كالقرء والعين للمشترك اللفظي، والدابة عند العراقيين للعرف العام، وقياس النبيذ على الخمر في التحريم ونحو ذلك، وإذا وجدنا خطأ وقع في كتاب سابق، نجد أنه يتكرر في مرجع لاحق، لأن الثاني نقله من الأول بحسن النية، لذا، بإسم كل مخلص للإسلام والفقه الإسلامي وأصول الفقه، أدعو المسؤولين في العالم العربي والإسلامي أن يتبادروا إلى تشكيل لجان في العالم الإسلامي تتولى إعادة النظر في كتابة الفقه الإسلامي واصوله، لأن ذلك فرض كفاية على كل مسلم ومسلمة، لأستبعاد الشبهات التي قد تستغل من قبل بعض الناس ضد الإسلام وشريعته الغراء، ولأنه هذين العلمين (الفقه وأصول الفقه) يعدان ثروة ذهبية غنية لو نقحت وهذبت لأصبحت مصدراً خصباً لقوانين العالمين الإسلامي وغير الإسلامي، وكل منا يدعو إلى أن يتضمن دستور بلاده نصا يعطي الشريعة الإسلامية الأولوية في مصادر القوانين، ولكن في الوقت نفسه لا يحرك ساكنا لتطوير ما تركه السلف إلى ما يتلاءم مع مستلزمات الحياة الجديدة، بل يرى أن كل ما قيل سابقا بمثابة نص إلهي أو وحي سماوي لا يقبل التبديل أو التعديل.

ومن هذا المنطلق بادرت إلى نقل بعض ملاحظاتي المتواضعة فيما يتعلق باصول الفقه الإسلامي إلى تلاميذنا الأعزاء في المدارس الدينية، بادئا بكتاب (جمع الجوامع) التي درسته عند العلامة المرحوم الشيخ محمد باقر البالكي، وقد كان من كبار علماء كوردستان إيران عام ١٩٤٢، ورغم ذلك لم يتطرق لأي خطأ من هذه الأخطاء، لأن عين الرضا عن كل عيب كليلة، وقمت بتدريسه عدة مرات من ١٩٤ إلى ١٩٥٦.

ويتم في هذا الكتيب عرض أهم الملاحظات حول الكتاب المذكور.

أولا: تعريف الفقه

عرّف ابن السبكي (رحمه الله) الفقه بأنه (العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية) [1] ويلاحظ على هذا التعريف ما يلي:

١- هذا التعريف كان صحيحاً قبل تدوين الفقه الإسلامي وحين اجتهاد الفقهاء. للظن بحكم شرعي مستنبط من دليله التفصيلي. أما بعد التدوين فقد اصبح لفظ (فقه) حقيقة عرفية شرعية في أحكام نفسها، فيقال: فقه القرآن، وفقه السنة، وفقه أبي حنيفة، وفقه الإمام مالك...وهكذا، والعلم بالأحكام الشرعية ضروري للتطبيق والفتوى والقضاء، لا لوجودها.

٢- العلم يندرج تحت إحدى المقولات العشر:

فإذا كان من مقولة الكيف، فيُعرف بأنه الصورة الحاصلة من الشئ عند العقل.

وإذا كان من مقولة الإنفعال، فيُعرف بأنه انتقاش الذهن بالصورة.

وإذا كان من مقولة الإضافة، يُعرف بأنه تعلق الذهن بالصورة.

وفي جميع الإحتمالات لا يكون الفقه علما بالأحكام الشرعية، وإنما هو الأحكام ذاتها.

٣- تعريف الفقه بأنه العلم بالأحكام الشرعية، خلط بين الفقه بمعناه اللغوي والفقه بمعناه العرفي الشرعي، أو خلط بين العلم والمعلوم، أو خلط بين العلم بمعنى الفن كعلم المنطق وعلم أصول الفقه ونحوهما والعلم بالمعاني المذكورة في الفقرة الثانية.

٤- العلم صفة لما يقوم به هذا العلم، بينما الفقه صفة تصرفات الإنسان كالوجوب في الواجب، والندب في المندوب، والحرمة في المحرم، والكراهة في المكروه، والإباحة في المباح. والقاعدة المنطقية تقضي بأن المعرّف والمعرِّف يجب أن يكونا متحدين بالذات ومتغايرين بالأعتبار. والفقه والعلم بالأحكام ليسا متحدين بالذات.

٥- إذا افترضنا انقراض من يتعلق علمه بالأحكام الشرعية على كوكب الأرض، هل ينقرض الفقه أيضاً. الجواب كلاّ.

---

[1] الإمام تاج الدين عبدالوهاب ابن السبكي، جمع الجوامع، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، ٤٢/١.

٦- تعريف أصول الفقه بأنه دلائل الفقه الإجمالية إلى آخره، دون العلم بها، دليل واضح على أن الفقه إنما هو الأحكام نفسها دون العلم بها.

وخطأ ابن السبكي في تعريف (الفقه) ووقع فيه غيره أيضا من علماء أصول الفقه.

ثانيا: تعريف الحكم الشرعي

عرف ابن السبكي (رحمه الله) الحكم الشرعي بتعريف خاص بالحكم الشرعي التكليفي، فقال (الحكم خطاب الله المتعلق بفعل المكلف من حيث أنه مكلف)[1].

وبعد أن عرض أقسام الحكم التكليفي قال: (وإن ورد سبباً وشرطاً ومانعاً وصحيحاً وفاسداً فوضع) أي حكم وضعي.

ومن الواضح أن الضمير المستتر في فعل (ورد) يرجع إلى الحكم الشرعي المذكور المعرف بتعريف الحكم الشرعي التكليفي دون الحكم الشرعي المطلق، لأنه لم يُعرفه بهذا المعنى، وهذا من قبيل تقسيم الشئ إلى نفسه وغيره، لأن الحكم الوضعي قسيم الحكم التكليفي، وهذا الصنيع في ميزان المنطق مرفوض، لأن قسيم الشئ مباين له، فكان المفروض أن يقوم ابن السبكي (رحمه الله) بتعريف الحكم الشرعي المطلق، ثم يقسمه إلى التكليفي والوضعي، ويُعرف كلا منهما تعريفا مستقلا كالآتي:

الحكم الشرعي المطلق: هو مدلول خطاب الله المتعلق بتصرفات الإنسان والوقائع على وجه الإقتضاء أو التخيير أو الوضع.

الحكم الشرعي التكليفي: هو مدلول خطاب الله المتعلق بتصرفات المكلفين على وجه الإقتضاء والتخيير ثم يقسم إلى أقسامه الخمسة (الوجوب والندب والحرمة والكراهة والإباحة).

الحكم الشرعي الوضعي: هو مدلول خطاب الله المتعلق بتصرفات الإنسان والوقائع على وجه الوضع، أي جعله سبباً أو شرطاً أو مانعاً أو صحيحاً أو فاسداً.

---

[1] ابن السبكي، المصدر السابق ٤٦/١٠.

الفرق بين التصرف الشامل للأقوال والأفعال وبين الوقائع:

التصرف[١]: هو كل ما يصدر عن الإنسان البالغ العاقل المختار الواعي بحيث يرتب عليه الشرع أثراً.

وإذا تخلف قيد من هذه القيود، يكون الحدث واقعة لا تصرفا، كما في الإيضاح الآتي:

ما يصدر عن غير الإنسان من حيوان أو طبيعة واقعة.

ما يصدر عن الصبي غير المميز واقعة.

ما يصدر عن المجنون ومن في حكمه واقعة.

ما يصدر عن المضطر أو المكره واقعة.

ما يصدر عن النائم والغافل والساهي أو المغمى عليه واقعة.

ما يصدر عن الإنسان البالغ العاقل المختار بحيث لا يرتب عليه الشرع والقانون حقاً أو التزاما بالنسبة لمصدره واقعة، كالمكالمات الإعتيادية بين الناس للتفاهم وكالأفعال المباحة من المشي والرياضة والأكل والشرب ونحو ذلك. وجدير بالذكر أن الحكم الشرعي التكليفي لا يكون إلا في تصرفات المكلفين، فلا يُسأل غير المكلف مسؤولية جنائية عن تصرفاته غير المشروعة، لأن المسؤولية الجنائية من الأحكام التكليفية، لكن يُسأل مسؤولية مدنية (أي يجب الضمان والتعويض في ماله) إذا أحدث ضررا في مال الغير، لأن المسؤولية المدنية من الأحكام الوضعية (أي ربط المسببات بأسبابها). وأما الحكم الوضعي فإنه يتعلق بفعل المكلف كجعل القتل مانعاً من الميراث وجعل العقد سببا للملكية، وجعل النجاح في المقابلة شرطاً للقبول في الدراسات العليا وهكذا، كما يتعلق بالوقائع كجعل الجنون مانعاً من العقاب وجعل القرابة سبباً للميراث، وجعل البلوغ شرطاً للتكليف.

---

[١] القولي أو الفعلي سواء كان مشروعا كالعقد أو غير مشروع كالقتل.

ثالثاً: العقل والنقل

قال ابن السبكي (رحمه الله): ((وحكمت للمعتزلة العقل)) [1]. أي جعلت المعتزلة العقل حاكماً، والحاكم في هذا المقام هو للموجد المنشئ للحكم الشرعي وهذا المعنى هو الواضح من العبارة المذكورة، وكل تأويل من قبل المؤولين يتعارض مع صراحة الكلام ولا يعفي ابن السبكي من نسبة هذه التهمة الى المعتزلة.

ومن نافلة القول أن نقول أن فلاسفة المعتزلة هم عقلاء الأمة الإسلامية بعد الخلفاء الراشدين ولو عمل المسلمون بدعوتهم إلى استخدام العقل مع النقل، لأن الله أمر بهذا الإستخدام في زهاء خمسين آية، لكانت المركبة التي نزلت على المريخ إسلامية ولم تكن أمريكية، لأنه حين كان علم الإسلام يرفرف على ربع المعمورة، كانت أمريكا لم تكتشف بعد، وكان شعبها يحكمه قانون الغاب، ولكن انقلبت هذه الحقيقة لأن أكثر المسلمين ضد العقل وضد كل جديد يكتشفه العقل السليم، وهذا ما ثبت لي في الإحتكاك مع الغير، وقبل أن يفكر الغرب بغزو الفضاء بمئات السنين قال تعالى ﴿يَامَعْشَرَ الْجِنِّ وَالإِنسِ إِنْ اسْتَطَعْتُمْ أَنْ تَنفُذُوا مِنْ أَقْطَارِ السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضِ فَانفُذُوا لاَ تَنفُذُونَ إِلاَّ بِسُلْطَانٍ﴾ [2]، والسلطان في هذه الاية هو العلم المكتسب عن طريق العقل، ولم يقل أحد من المعتزلة، لا من قريب ولا من بعيد، أن العقل هو الحاكم الشارع الموجد ولو لحكم واحد قبل الشرع ولرسالة الرسل، لأنهم في مقدمة المؤمنين بالحصر الوارد في قوله تعالى ﴿...إِنِ الْحُكْمُ إِلاَّ لِلَّهِ...﴾ [3]، لكنهم ذهبوا الى القول بأن بإمكان العقل اكتشاف بعض أحكام الله بصورة اجمالية قبل الشرع لبعض الأعمال التي يدرك العقل حسنها كالإيمان بالله والعدل أو قبحها كالكفر والظلم والحسن والقبح سواء كانا شرعيين أو عقليين، مبنيان على النفع والضرر، لأن الله سبحانه وتعالى حصر وظيفة الرسالة المحمدية في مصلحة الإنسان، فقال: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلاَّ رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ﴾ [4]، والرحمة في هذه الآية هي مصلحة بني البشر، سواء كانت إيجابية (المنفعة)

---

[1] ابن السبكي، المصدر السابق ٦٤/١.

(٢) سورة الرحمن – آية: ٢٣.

(٣) ﴿قُلْ إِنِّي عَلَى بَيِّنَةٍ مِّن رَّبِّي وَكَذَّبْتُم بِهِ مَا عِندِي مَا تَسْتَعْجِلُونَ بِهِ إِنِ الْحُكْمُ إِلاَّ لِلَّهِ يَقُصُّ الْحَقَّ وَهُوَ خَيْرُ الْفَاصِلِينَ﴾ الأنعام : ٥٧

(٤) سورة الانبياء – آية: ١٠٧.

المستجلبة) أو سلبية (المضرة المستدرأة)، وسواء كانت مادية أو معنوية، دنيوية أو أخروية، واساس حسن كل شيء هو نفعه كما أن أساس قبح كل شيء هو ضرره ومفسدته، كما يجوز أن تبنى مسؤولية الإنسان على هذا الإدراك وبوجه خاص في الإيمان بالله تعالى، فالإيمان العقلي والعلمي والإستدلالي يكون عن طريق استدلال العقل، فالإنسان مسؤول عن الإيمان بالله قبل الشرع، لأن الملحد لا يؤمن بالشرع ما لم يؤمن بالله، ولو توقف الإيمان بالله على الشرع للزمت الإستحالة المنطقية، لأن توقف الشيء على ما يتوقف عليه يستلزم توقف الشيء على نفسه وهذا يستلزم تقدم الشيء على نفسه، واللازم باطل وكذلك الملزوم. وبناء على ما ذكرنا يكون العقل عند المعتزلة كاشفاً لبعض الأحكام ومدركا لها إدراكا إجماليا، وليس بحاكم موجد منشئ للأحكام، ومن البدهيات أن المصادر التي يطلق عليها علماء أصول الفقه تعبير (مصادر تبعية) كلها وسائل عقلية يستخدمها العقل السليم لدى المجتهد لاكتشاف حكم الله في المستجدات والحوادث التي لم يرد بشأنها نص خاص، ومن تتبع القوانين الوضعية لدول العالم الإسلامي وغير الإسلامي، يجد أنها لا تتعارض مع روح الشريعة الإسلامية ٦٠٪ غالبا، وهذا القوانين هي من صنع العقل البشري، وهذا يؤيد صحة كلام المعتزلة بأن العقل السليم يستطيع أن يدرك الأحكام الشرعية على أساس الحسن والقبح العقليين.

الإستنتاج:

نستنتج من هذا العرض:

أ- أن لولي الأمر (رئيس الدولة) بتعاون مع أهل الحل والعقد من المختصين كل في حقل اختصاصه، أن يشرع القوانين التي تنظم وتحقق المصالح العليا للمجتمع في المجالات الإدارية والصحية والثقافية والعسكرية والزراعية وغير ذلك من متطلبات الحياة السعيدة، شريطة أن لا يتعارض كل ذلك مع نص صريح في شرع الله ومع قاعدة شرعية ثابتة في شريعة الله، لأن كل ما هو من مصلحة الإنسان في خير دينه ودنياه يرجع إلى حكم الله، لأن شريعة الله أحكام كلية تتناول جميع الجزئيات التي تصادف حياة الإنسان في الماضي والحاضر والمستقبل، وان اكتشافات عقول المجتهدين للأحكام الشرعية ليست إلا إرجاعا للجزئيات إلى تلك الكليات، عن طريق وسائل الإكتشافات كالقياس والمصلحة والإستحسان والإستصحاب وغيرها مما سماه الباحثون المصادر التبعية.

ب- العقل يأمر بطاعة الله ويوجب ما أوجبه ويحرم ما حرمه غالبا قبل الشرع، فكل ما أمر به الشرع حسن وكل ما نهى عنه قبيح، والعقل غالبا يدرك الحسن والقبح وبالتالي يدرك الوجوب والحرمة لتصرفات الإنسان قبل الشرع، فأكثر ما أدركه العقل قبل الوحي حكم به الشرع بعده، فإدراك العقل بين من الداخل والشرع بيان من الخارج، فالعقل كاشف والله شارع، غير أن الأحكام العقلية بمجردها لا تبعث على فعل الخير وترك الشر، فجاء الوحي مؤازرا لها ومناصرا بالتأكيد تارة وبالتأييد تارة والوعد والوعيد تارة أخرى.

ج- لا تقوم مسؤولية الإنسان أمام الله في الأحكام التكليفية قبل الشرع، إلا بالنسبة للإيمان بالله، لأنه واجب عقلي قبل أن يكون واجبا شرعياً، فهو واجب على كل بالغ عاقل عن طريق الإستدلال بالأثر (المخلوق) على المؤثر (الخالق)، أما الأحكام التكليفية الأخرى، فإن العقل رغم ادراكه لأكثرها عن طريق التحسين والتقبيح العقليين، إلا إنه إدراك ناقص وإجمالي وليس كاملا وتفصيليا، فإذا أدرك حرمة السرقة والقتل والزنا وخيانة الأمانة، فإنه لا يدرك أركانها وشروطها وموانعها.

د- الأحكام بالنسبة إلى أدلتها ثلاثة أقسام، قسم يثبت بالعقل كوجود الله وصدق الرسل في دعوة الرسالة، وقسم يثبت بالنقل فقط كالأحكام المتعلقة بالمغيبات من الإيمان بالعالم الآخر ومحاسبته على عمله، وقسم يثبت بالنقل والعقل كبقية الأحكام.

رابعا: التكليف

قال ابن السبكي (رحمه الله): ((والصواب امتناع تكليف الغافل والملجأ وكذلك المكره على الصحيح ولو على القتل)) [1].

والقول بأن المكره على القتل غير مكلف وبالتالي لا يُسأل جنائيا ولا يُعاقب دنيوياً، مخالف لإجماع فقهاء الشريعة الإسلامية على مسؤولية المكره في جرائم الأشخاص (أي الإعتداء على النفس وما دون النفس)، وفيما يأتي نماذج من النصوص الفقهية:

أ- في الفقه المالكي (شرح الخرشي لسيدي ٨/٩): ((من أسباب القتل الإكراه وهو نسبة بين المكرِه والمكرَه، فيُقتل المكرِه (بكسر الراء) لتسببه والمكرَه (بفتح الراء) لمباشرته، إن لم يمكنه مخالفة الأمر خوف قتله)). أي إذا أمكنه ذلك فيقتص من المكره (بفتح الراء) وحده.

---

[1] ابن السبكي، المصدر السابق ١/٦٨-٧٤.

ب- في الفقه الحنفي (بدائع الصنائع للكاساني ٩/٤٤٨٨): ((أما المكره على القتل فإن كان الإكراه تاماً فلا قصاص عليه عند أبي حنيفة ومحمد، ولكن يعذر ويجب الإقتصاص على المكرِه)). والعقوبة التعزيرية هي العقوبة التي تحددها السلطة التشريعية الزمنية من السجن والحبس أو الغرامة المالية، أي يُسأل جنائيا ومكلف لكن لا يقتص منه. وفي المرجع نفسه: ((وعند زفر (رحمه الله) يجب القصاص على المكرَه(بفتح الراء) دون المكرِه))، وفي حاشية ابن عابدين (٤/١٣٧): ((وقال زفر يُقاد الفاعل لأنه المباشر)) أي القصاص يكون على المكرَه (بفتح الراء).

ج- وفي الفقه الشافعي جاء في (تحفة المحتاج ٨/٣٨٨): ((ولو أكره على قطع أو قتل شخص بغير حق، كاقتل هذا وإلا قتلتك فقتله، فعلى المكرِه (بكسر الراء) ولو إماما أو متغلبا القصاص، وكذا على المكرَه (بفتح الراء) ما لم يكن أعجميا يعتقد وجوب طاعة كل أمر أو مأمور الإمام أو زعيم بغاة، لم يعلم ظلمه بأمره بالقتل)).

د- وفي الفقه الحنبلي (المغني لابن قدامة ٧/٦٤٥): ((يجب القصاص على المكرَه والمكرِه جميعا، وبهذا قال مالك، فوجوبه على المكرِه (بكسر الراء) لأنه تسبب إلى قتله بما يفضي الغزو غالبا، فاشبه ما لو القاه على اسد في زريبة، ووجوبه على المكرَه (بفتح الراء) لأنه قتله ظلماً لإستبقاء نفسه، فأشبه ما لو قتله في المخمصة ليأكله، وقولهم أن المكرَه ملجأ غير صحيح، فإنه متمكن من الإمتناع)).

هـ- وفي فقه الشيعة الإمامية (الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٢/٣٩٩): ((ولو أكرهه على القتل فالقصاص على المباشر لأنه الفاعل عمدا ظلماً)) ويتفق معهم الشيعة الزيدية (المنتزع المختار شرح الأزهار، لأبن الحسين بن عبدالله ٤/٤١٠).

و- وفي الفقه الظاهري (المحلى لأبن حزم ٨/٣٢٩): ((والإكراه على الفعل ينقسم قسمين:

أحدهما: كل ما تبيحه الضرورة كالأكل والشرب، فهذا يبيحه الإكراه ضرورة، فمن أكره على شيء من هذا فلا شيء عليه.

والثاني: ما لا تبيحه الضرورة كالقتل والجراح والضرب وإفساد المال، فهذا لا يبيحه الإكراه، فمن أكره على شيء من ذلك لزمه القود والضمان، لأنه أتي محرما عليه إتيانه)).

ويستنتج من هذا العرض أن ابن السبكي كان ضعيفا في الفقه الإسلامي، لأنه خالف الإجماع على أن كلا من الإكراه والضرورة لا يكون مانعاً من المسؤولية الجنائية في الإعتداء على النفس وما دون النفس.

خامسا: الفرض والواجب:

قال بن السبكي (رحمه الله): ((والفرض والواجب مترادفان خلافاً لأبي حنيفة وهو لفظي))[١].

الفرض في اللغة ورد بمعنى التقدير والحز.

والواجب ورد بمعان منها الثابت.

وفي الإصطلاح الشرعي هما مترادفان عند جمهور الأصوليين والفقهاء. خلافا للحنفية، حيث فرقوا بينهما بأن الفرض ما ثبت بدليل قطعي كقراءة ما تيسر من القرآن في الصلاة، والواجب ما ثبت بدليل ظني كقراءة سورة الفاتحة بخصوصها في الصلاة.

وقول ابن السبكي بأن الخلاف لفظي غير صائب من وجهين:

أحدهما الإختلاف في الماهية، جاء في التحرير[٢]: ((أما هم[٣] فإن ثبت الطلب الجازم بقطعي فالإفتراض والتحريم أو بظني فالإيجاب، وقال الغزالي (رحمه الله) في المستصفى[٤] ((فإن قيل فهل من فرق بين الواجب والفرض، قلنا لا فرق عندنا بينهما، بل هما من الألفاظ المترادفة كالحتم واللازم وأصحاب أبي حنيفة اصطلحوا على تخصيص اسم الفرض بما يقطع بوجوبه وتخصيص اسم الواجب بما لا يدرك إلا ظناً))، والفرق بينهما في الماهية ثابت في جميع كتب أصول الحنفية والشافعية.

ثانيا: اختلافهما من حيث الأثر من فروض الصلاة عند الحنفية قراءة القرآن سواء كانت سورة الفاتحة أو غيرها، أما من حيث الآثار فالفرض والواجب يختلفان أيضا بدليل اجماع

---

(١) ابن السبكي، المصدر السابق ٨٨/١.

(٢) في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية، تأليف كمال الدين محمد بن عبدالواحد الشهير بأبن همام الدين الحنفي ص٢١٧.

(٣) أي الحنفية.

(٤) مطبوع مع فواتح الرحموت، دار العلوم الحديثة، بيروت لبنان ٦٦/١.

فقهاء الشافعية على بطلان صلاة من لم يقرأ بفاتحة الكتاب مع قدرته على قراءتها وعلمه بها وتعلمه لها فعلا، فإذا قرأ ما يعادلها في سورة أخرى مع إمكانه من قراءتها، تبطل صلاته، لأن قراءتها في الصلاة بوجه خاص ركن من أركانها وتخلف ركن الشيء يستلزم بطلانه، لقول الرسول (صلى الله عليه وسلم) ((لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب)).

وفي المهذب[١]: ((ثم[٢] يقرأ فاتحة الكتاب وهي فرض من فروض الصلاة، لما روى عبادة بن الصامت (رضي الله عنه) أن النبي (صلى الله عليه وسلم) قال: (لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب). فإن تركها ناسيا ففيه قولان: قال في القديم يجزيه وقال في الجديد لا يجزيه لأن ما كان ركنا في الصلاة لم يسقط فرضه بالنسيان، كالركوع والسجود)).

وفي الأنوار لأعمال الأبرار[٣]: ((للصلاة اركان وأبعاض وهيئات، والأركان ثلاثة عشر.. الركن الرابع القراءة، ويجب[٤] قراءة الفاتحة على الإمام والمأموم والمنفرد في السرية والجهرية، في كل ركعة الا في ركعة المسبوق، فإنه يتحملها الإمام ويشترط في قراءة الفاتحة رعاية كلماتها وحروفها وتشديداتها وإعرابها وترتيبها وللموالاة والتلاوة إلى آخره، وفي الفقه الحنفي الفرض هو قراءة بعض من القرآن سواء كان هذا البعض سورة الفاتحة أو غيرها)).

وفي (بداية للمبتدي شرح الهداية) [٥]: ((فرائض الصلاة ستة:

١- التحريمة (تكبيرة الإفتتاح) لقوله تعالى ﴿وَرَبَّكَ فَكَبِّرْ﴾ [٦].

٢- القيام لقوله تعالى ﴿..وَقُومُواْ لِلَّهِ قَانِتِينَ﴾[٧].

٣- القراءة لقوله تعالى ﴿..فَاقْرَؤُوا مَا تَيَسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ...﴾ [٨].

---

(١) لأبي اسحاق الشيرازي (ابراهيم بن علي) فقيه الشافعية. ١/٧٢.

(٢) أي بعد تكبيرة الإفتتاح.

(٣) للفقيه الشافعي الأردبيلي ١/٨٤.

(٤) الوجوب هنا يساوي الفرض عند غير الحنفية. قارن تحفة المحتاج ٢/٣ وما يليها، ومتن الغاية والتقريب لأبي شجاع أحمد بن الحسين الأصفهاني وشرحه لابن قاسم الغزوي وحاشية الباجوري ١/١٤٤.

(٥) تأليف شيخ الإسلام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبدالجليل الرشداني المرغيناني (ت-٥٩٦هـ) الفقيه الحنفي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ١/٤٦).

(٦) المدثر : ٣

(٧) البقرة : ٢٣٨

(٨) المزمّل : ٢٠

٤-٥- الركوع والسجود لقوله تعالى ﴿... اركَعُوا وَاسْجُدُوا ...﴾[١].

٦- القعدة في آخر الصلاة مقدار التشهد لقوله (صلى الله عليه وسلم) لابن مسعود (رضي الله عنه) حين علمه التشهد: ((إذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك))، حيث علّق الإتمام بالفعل قرأ أو لم يقرأ.

وفي بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع[٢] أركان الصلاة ستة، منها القراءة، قال تعالى ﴿...فَاقْرَؤُوا مَا تَيَسَّرَ مِنَ الْقُرآنِ...﴾[٣]. ومن الواضح أن هذه الآية قطعية من حيث الثبوت والدلالة وهي تدل على أن قراءة بعض من القرآن ركن سواء كان هذا البعض سورة الفاتحة أو غيرها، فالصلاة عندهم صحيحة وإن لم يقرأ فيها فاتحة الكتاب، لأن قراءتها ثبت بحديث الآحاد وهو ظني الثبوت، وما ثبت بدليل ظني فهو واجب وليس فرضاً، فإنكاره ليس كفراً وتركه ليس مبطلاً للعبادة.

ولو كان الخلاف بين الحنفية والشافعية في الفرض والواجب لفظياً لما حصل الخلاف المذكور في الإكتفاء بقراءة بعض من القرآن عند الحنفية دون الشافعية.

وبعد هذا العرض الموجز يتبين لنا بوضوح أن قول ابن السبكي بأن الخلاف لفظي خطأ، لأن الخلاف اللفظي لا يترتب عليه أي أثر خلافي

سادسا: تعريف الرخصة والعزيمة:

ومن أخطاء ابن السبكي في كتابه (جمع الجوامع)، تعريفه للرخصة والعزيمة بقوله: ((والحكم الشرعي إن تغير من صعوبة إلى سهولة لعذر مع قيام السبب للحكم الأصلي فرخصة، كأكل الميتة والتسليم والفطر المسافر لا يجهده الصوم واجبا ومندوبا ومباحا وخلاف الأولى وإلا فعزيمة)).[٤]

وجه الخطأ هو أن القرآن الكريم في الأحكام التكليفية يبين لنا حكمين أحدهما يكون خاصا بحالة الظروف الإعتيادية وعدم وجود الأعذار الشرعية ويسمى (عزيمة) والثاني يكون خاصا بالحالة غير الإعتيادية وقيام الأعذار الشرعية ويسمى (رخصة).

---

[١] الحج : ٧٧

[٢] للفقيه الكبير الكاساني ٣١٢/١ و ٣٢٤.

[٣] المزّمّل : ٢٠

[٤] ابن السبكي، المصدر السابق ١١٩/١.

والحكمان موجودان في النص القرآني فيبدل أحدهما بالآخر في ظروفه الخاصة به، كما ورد في قوله تعالى بالنسبة لأحكام المحرمات ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [١]

ففي هذه الآية الكريمة يتبين لنا بوضوح أن حكم أكل الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهلّ به لغير الله هو الحرمة ويسمى العزيمة، لأنه الأصل المقصود المصمم للعمل به في الظروف الإعتيادية، كما يتجلى في نفس الآية أن حكم أكل الأشياء المذكورة هو الحل بل الوجوب في الحالة الإستثنائية وهي حالة الإضطرار والحاجة الماسة إلى انقاض الحياة بتناول كل المحرمات المذكورة، لأن انقاض الحياة البشرية واجب على صاحبها وغيره.

وبناء على ذلك كان المفروض على ابن السبكي (رحمه الله) أن يقول: ((والحكم الشرعي إن تبدل من صعوبة إلى سهولة..الخ)) لأن كلا من الحكمين الرخصة والعزيمة جاهز ومتوفر بالفعل، فلا يوصف أحدهما بالتغير، وإنما يجب أن يستعمل تعبير التبديل بدلا من التغير بالإضافة إلى عدم جواز وصف حكم الله بالتغير لأنه قديم.

وكما ورد الحكمان في باب العبادات في قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ أَيَّاماً مَّعْدُودَاتٍ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضاً أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ...﴾ [٢]

فالصيام عبادة سنوية مفروضة على كل مسلم بالغ عاقل غير معذور مدتها (شهر واحد)، فلا يجوز قطع هذه المدة في ظروف اعتيادية وحالات طبيعية وهذا ما يسمى عزيمة، أما في حالة قيام الأعذار الشرعية كالمرض والسفر فيكون للمريض أو المسافر رخصة الإفطار والإستمرار عليه إلى أن يزول العذر ويرجع الشخص إلى حياته الطبيعية، بناء على قاعدة (إذا زال العذر...)، ومن البدهي أن كلا من الحكمين (الرخصة والعزيمة) موجود في نص قرآني واحد، فيجوز تبديل أحدهما بالآخر كلما حل ظرفه الخاص به. والصواب في مثل هذه الأحكام أن يستعمل تعبير التبدل بدلا من التغير لما ذكرنا في الآية الأولى.

---

[١] البقرة : ١٧٣

[٢] البقرة : ١٨٤

سابعا: تعريف العام:

عرف ابن السبكي العام بأنه (لفظ يستغرق الصالح له من غير حصر)[1].

هذا التعريف غير جامع، فلا يشمل إلا العام اللغوي، والصواب العام هو ما يستغرق الصالح له دفعة واحدة لغة أو عرفاً أو عقلاً.[2]

العام اللغوي:لفظ وضع لقدر مشترك بين ما يندرج تحته من الأنواع إن كان جنساً والأصناف إن كان نوعاً والأفراد إن كان صنفاً والأجزاء إن كان كلاً.

العام العرفي:

هو لفظ نقله أهل العرف من معناه اللغوي واستعمله في معنى أعم منه وتكرر استعماله فيه حتى أصبح حقيقة عرفية كلفظ (أكل) في قوله تعالى ﴿وَلاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُواْ فَرِيقاً مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾[3].

ولفظ (أكل) ومشتقاته في هذه الآية وغيرها مثل قوله تعالى ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْماً إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَاراً وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيراً﴾[4]. لم يقصد به الأكل بالمعنى اللغوي، وإنما أريد به المعنى العرفي العام، وهو كل تجاوز على حق الغير بدون مبرر شرعي.

العام العقلي:

هو دوران الحكم مع علته وجوداً وعدماً، كما في قوله تعالى ﴿... وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلاَ يُنفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللّهِ فَبَشِّرْهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾[5].

بموجب العموم العقلي في هذه الآية كل عملة معدنية نقدية أو ورقية حلت محل الذهب والفضة في التعامل، حكمها حكم الذهب والفضة في كل ما يجب فيهما كالزكاة وما يحرم فيهما كالكنز وعدم الإنفاق في سبيل المصلحة العامة والخاصة، وإذا ألغيت هذه العملة

---

[1] ابن السبكي، المصدر السابق، ١/٣٩٨-٣٩٩

[2] لمزيد من التفصيل يُنظر مؤلفنا (اصول الفقه في نسيجه الجديد) ٢/٣٢٠.

[3] البقرة : ١٨٨

[4] النساء : ١٠

[5] يُنظر مؤلفنا أصول الفقه في نسيجه الجديد، ٢/٣٣٠.

كإلغاء الدينار العراقي في العهد الملكي وفي حكم صدام حسين زالت العلة وبالتالي زال الحكم، ومن البدهي أن القرآن الكريم دستور إلهي خالد اقتصر على الكليات العامة وخوّل العقل البشري بإرجاع الجزئيات المندرجة تحت تلك الكليات إليها في الحكم، أي التي يدرك العقل عللها ومقاصدها،[1] كإرجاع كل مخدر وكل مسكر وكل تدخين إلى القاعدة العامة التي تقضي بأن كل شيء يكون ضرره أكثر من نفعه فهو محرم، وقد نصّ على هذه القاعدة العامة قوله تعالى ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا...﴾[2]، فلم يكن ابن السبكي (رحمه الله) موفقاً في تعريف العام ولا في قوله (والصحيح أن العام من عوارض الألفاظ)، لأن العام من عوارض الألفاظ والمعاني والأحكام، فالعموم في الموصولات (غير الجمع)[3] في معانيها لا في ألفاظها[4]، والعموم في كليات القرآن والسنة النبوية في أحكامها، لأن الحكم في كل عام شامل لكل ما يندرج تحته.

وقد صرح ابن السبكي بأن العموم قد يكون عرفياً وقد يكون عقلياً، ولكن جعل العموم في هاتين الصورتين أيضا من صفات الألفاظ، وقد مثل للعموم العرفي بالفحوى وللعقلي بترتيب الحكم على الوصف، فقال: (وقد يعم اللفظ عرفاً كالفحوى أو عقلا كترتيب الحكم على الوصف)، مع أن كلا من الفحوى وترتيب الحكم على الوصف ليس من ألفاظ كما هو واضح. أما الفحوى فقد قال الآمدي[5] (أما مفهوم الموافقة فما يكون مدلول اللفظ في محل السكوت موافقا لمدلوله في محل النطق، ويسمى أيضا فحوى الخطاب ولحن الخطاب والمراد به معنى الكتاب). وترتيب الحكم على الوصف (أي علته أو سببه)، فإنه إما بفعل الشارع كتركيب قطع اليد على السرقة في قوله تعالى ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُواْ أَيْدِيَهُمَا﴾[6]، أو بفعل الإنسان كتركيب الحقوق والإلتزامات على العقود الصحيحة. والترتيب في الحالتين فعل وليس لفظاً.

---

[1] وعلى هذا الأساس عرّفنا القياس بأنه إرجاع الجزئيات إلى الكليات المعقولة المعاني.
[2] البقرة : ٢١٩
[3] مثل (الذين) و(اللاتي) واللائي).
[4] مثل (من) و (ما) وغيرهما.
[5] الأحكام في أصول الأحكام ٢/٢١٠.
[6] المائدة : ٣٨

ثامنا: تعريف التخصيص

عرّف ابن السبكي التخصيص بأنه (قصر العام على بعض أفراده) [١]، ثم قال: (القابل له حكم ثبت لمتعدد، ثم استعرض الأقوال الخلافية في أن العام بعد التخصيص حقيقة في الباقي أو مجاز). وبيّن رأيه في أنه حقيقة في الباقي.

ويُلاحظ على ما ذكر ما يلي:

١- التخصيص ليس قصر العام على بعض أفراده، وإنما هو قصر حكم العام على بعض أفراده، وهذا ما صرّح به ابن السبكي نفسه بقوله (والقابل له حكم ثبت لمتعدد)، أي أن التخصيص هو إخراج بعض أفراد العام من كونهم مشمولين بالحكم الوارد في العام، وبالتالي قصر حكم العام على بعض أفراده وليس قصر العام على بعض أفراده.

٢- يوجد التناقض بين تعريف التخصيص بأنه (قصر العام على بعض أفراده) وبين قوله وقول الشارح المحلي (والقابل له أي للتخصيص حكم ثبت لمتعدد لفظا[٢] أو معنى كالمفهوم نبه بهذا على أن المخصص في الحقيقة هو الحكم).

٣- استعراض آراء بعض علماء أصول الفقه من قبل ابن السبكي في أن العام بعد التخصيص حقيقة في الباقي أو مجاز يدل على اعترافه بأن هناك إخراجا لبعض أفراد صيغة العام منها، وأن هناك باقياً مشمولا بالصيغة، وبناء على ذلك يكون استعمال صيغة العام بعد تخصيصها استعمالا في غير ما وضعت له، لأن الموضوع له جميع الأفراد دون بعضها. ثم رجح ابن السبكي القول بأنه حقيقة في الباقي، وهذا يدل على إقراره بأن الصيغة حقيقة رغم استعمالها في بعض افرادها، وهذا أيضا يتناقض مع قوله (والقابل له هو الحكم الثابت لمتعدد)، والواقع أنه لا وجود للباقي. وإيضاح ذلك قال تعالى ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاء نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيباً مَّفْرُوضاً﴾ [٣]. ولفظ (الرجال) جمع تكسير محلى بأل الإستغراق يفيد العموم لغة، فكأنه قال لكل ذكر نصيب مما ترك الوالدان إلى آخره، فالله لم يرد ابتداء شمول الحكم لوارث قاتل، فبيّن

---

[١] البقرة : ٢١٩

[٢] كالمنطوق.

[٣] النساء : ٧

الرسول (ﷺ) هذا المراد وفقا لقوله تعالى ﴿..وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ..﴾[1]، فقال (لا يرث القاتل)، فالرسول لم يُخرج القاتل من كونه رجلا أو إمرأة، أي من صيغة العموم، وإنما أخرجه من الحكم أي من كونه وارثاً، لأن التخصيص لا يتوجه إلى الصيغة ولا يخرج منها شيئا من افراده من كونه مشمولا بها، وإنما يُخرجه من الحكم الوارد في الصيغة ويبقى مشمولاً به لا بحكمها، فأين الباقي حتى يختلف علماء أصول الفقه في أن العام بعد التخصص هل هو حقيقة في الباقي أو مجاز؟ وهذا الخطأ مبني على الخطأ في تعريف التخصيص بأنه قصر العام على بعض أفراده أو إخراج بعض أفراده منه، بينما الحقيقة هي أن التخصيص قصر حكم العام على بعض أفراده أو إخراج بعض أفراد العام من الحكم الوارد فيه.

تاسعا: نسخ القرآن

قال ابن السبكي-كفيه- (ويجوز على الصحيح نسخ بعض القرآن تلاوة وحكماً أو أحدهما فقط).[2]

لا ينكر نسخ بعض أحكام الشرائع السابقة بالشريعة الإسلامية ونسخ السنة النبوية بالقرآن، كنسخ التوجه إلى القبلة[3] بقوله تعالى ﴿قَدْ نَرَى تَقَلُّبَ وَجْهِكَ فِي السَّمَاءِ فَلَنُوَلِّيَنَّكَ قِبْلَةً تَرْضَاهَا فَوَلِّ وَجْهَكَ شَطْرَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَحَيْثُ مَا كُنتُمْ فَوَلُّواْ وُجُوِهَكُمْ شَطْرَهُ...﴾[4]، ونسخ السنة بالسنة كقول النبي (ﷺ): ((كنت نهيتكم عن زيارة القبور ألا فزوروها أو فزوروها)). ويجوز نسخ القرآن بالقرآن أيضا كما يجوز وقوعه بأن نسخت آية أو أكثر وحذف المنسوخ في القرآن تلاوة وحكما، لأن بقاء المنسوخ في القرآن الموجود بين أيدي المسلمين عبث

---

[1] النحل : ٤٤

[2] ابن السبكي، المصدر السابق ٥١/٢-٥٢

[3] الثابت بالسنة النبوية ففي صحيح مسلم٣٧٣/١: ((عن ابن عازب قال صليت مع النبي ﷺ إلى بيت المقدس ستة عشر شهرا حتى نزلت الآية في البقرة/١٤٤)).

[4] البقرة : ١٤٤.. قال ابن الجوزي (نواسخ القرآن ص٥١): واعلم أن قوله تعالى ﴿...فَأَيْنَمَا تُوَلُّواْ فَثَمَّ وَجْهُ اللَّهِ... البقرة : ١١٥﴾ ليس فيه أمر بالتوجه إلى بيت المقدس ولا إلى غيره، بل هو دال على أن الجهات كلها سواء في جواز التوجه إليها.

والله منزه من أن يعمل العبث، أما بقاء الآية المنسوخة في القرآن فأمر غير وارد، لأنه لا يوجد في القرآن نسخ صريح بأن يُقال الآية كذا نسخت بآية كذا، وإنما النسخ يكون ضمنيا، والنسخ الضمني لا يكون إلا بين آيتين متناقضتين نسخت المتأخرة منهما المتقدمة، ولا نجد في القرآن الكريم آيتين متناقضتين مجتمعتين في القرآن إحداهما ناسخة والأخرى منسوخة، فكل ما سماه علماء المسلمين من الفقهاء والأصوليين فهو إما تخصيص لنص عام أو تقييد لنص مطلق أو رخصة أو بيان لنص مجمل أو تدرج، أما نسخ آية من القرآن تلاوة وبقاء حكمها فهو غير موجود، وقد مثّلوا له بالقول المشهور (الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما)، فهذا الكلام كان موجودا في العهد الجاهلي وهو تعبير جاهلي، والعقل السليم يقضي بعدم قرآنيته، لأن كل جملة وكل كلمة في القرآن ثابتة بالتواتر، وكذلك بقاء التلاوة ونسخ الحكم لا وجود له في القرآن، وللإطلاع على الأدلة النقلية والعقلية على ما ذكر، يُنظر كتابنا (التبيان لرفع غموض النسخ في القرآن)، ولا مجال هنا لعرض تلك الأدلة.

عاشرا: نسخ القرآن بالسنة:

قال ابن السبكي في بيان نسخ القرآن بالسنة: (والحق لم يقع إلا بالمتواترة) [1]

نسأل المرحوم (ابن السبكي): أين تلك المتواترة التي نسخت آية قرآنية وهو يدعي وقوع ذلك؟

ومن البدهي أن عدد الأحاديث المتواترة قليل جدا، ثم لا توجد سنة متواترة واحدة في الشريعة الإسلامية تكون متناقضة مع آية قرآنية، حتى تكون ناسخة لها.

إضافة إلى ذلك إن السنة النبوية ولو كانت متواترة لفظها من الرسول(ﷺ) ومعناها إلهام من الله وليس وحياً، فكيف تكون متكافئة مع آية قرآنية لفظها ومعناها من الله وحيا؟

ثم لماذا لم يتم النسخ من الله ذاته بالقرآن، هل كان مشغولا بعمل آخر فوكّل الرسول بذلك، أو كان عاجزا، نعوذ بالله، كيف تصور السلف الصالح من علماء الأصول ذلك وهو فيه شائبة الشرك لله؟ وكيف ترفع منزلة المخلوق إلى منزلة خالقه أيا كان مركز هذا

---

[1] ابن السبكي، المصدر السابق ٢/٥٣

المخلوق، ما هذه المبالغة التي لا مبرر لها؟ ما الفائدة في مناقضة ما لا وجود له في الشريعة الإسلامية أصلاً، وإنما يقتصر وجوده على ما في الخيال والأوهام والأذهان؟

النسخ سماه أبو مسلم الأصفهاني المعتزلي تخصيصا، لأنه قصر للحكم (أي المنسوخ) على بعض الأزمان، فهو تخصيص في الأزمان كالتخصيص في الأشخاص.[١]

حادي عشر: نسخ الحكم الشرعي:

قال ابن السبكي: (والمختار أن كل حكم شرعي يقبل النسخ).[٢]

وجه الخطأ أن الحكم في الاخبار لا يقبل النسخ، لأنه يستلزم الكذب وكذلك في الوعد والوعيد.[٣]

وظيفة السنة النبوية البيان، قال تعالى ﴿... وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ...﴾[٤]. وقال ابن السبكي: والمختار أنه رفع للحكم الشرعي،[٥] ثم قال: ويجوز على الصحيح النسخ بالسنة للقرآن، والحق أنه لم يقع إلا بالمتواترة[٦].

أين هذه المتواترة التي نسخت القرآن. لأن قوله (والحق لم يقع إلاّ بالمتواترة) دليل على وقوعه بالمتواترة، أين مثال ذلك؟ اين للمتواترة التي تنحصر في عدد قليل؟ بل في حديث واحد؟ فكان المفروض أن يقول: لا يقع إلا بالمتواترة عقلا لا فعلاً.

أين للمتواترة المتناقضة للقرآن؟

حصر وظيفة السنة في البيان وابن السبكي يقول النسخ ليس بياناً وإنما هو رفع الحكم الشرعي.

---

[١] ابن السبكي، المصدر السابق ٢/ ٦٠

[٢] ابن السبكي، المصدر السابق ٢/ ٦١

[٣] راجع التبيان لرفع غموض النسخ في القرآن، للمؤلف.

[٤] النحل : ٤٤

[٥] ابن السبكي، المصدر السابق ٢/ ٥٠.

[٦] ابن السبكي، المصدر السابق ٢/ ٥٣.

ثاني عشر: النسخ بالقياس:

قال ابن السبكي (رحمه الله): (يجوز على الصحيح[١] النسخ بالقياس).[٢]

ومن المؤسف أن يذهب هذا العالم الجليل إلى القول بهذا الخطأ الفاحش وأن يجرأ على اعتباره صحيحاً.

ومن الأدلة العقلية الدالة على بطلان هذا القول ما يأتي:

١- أن النسخ فرع التناقض بين الناسخ والمنسوخ، والتناقض لا يقوم إلا بين دليلين متكافئين ومن البديهيات عدم وجود التكافأ بين القرآن والقياس.

ومن الواضح أن النسخ (الإلغاء) إما صريح أو ضمني، والنسخ الصريح يوجد في الحديث كما في قول النبي (ﷺ): ((كنت نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها)) وكذلك يوجد في القانون، فإذا ألغيت مادة أو القانون كله، تنص مادة مستقلة على أنه تلك المادة الملغات لا يُعمل بها أو هذا القانون تم الغاؤه ولا يجوز العمل به وبما يوافقه. لكن لا يوجد النص الصريح في القرآن، فلا نجد آية تدل على أنها ناسخة لآية كذا. وإنما يكون النسخ فيه ضمنياً أي مبنياً على وجود آيتين متناقضتين، فيرفع التناقض بينهما بإقرار أن المتأخر في التشريع قد نسخ المتقدم فيه بإتفاق العلماء والعقلاء، على أن المتناقضين لا يجتمعان معا ولا يرتفعان معا.

فالنسخ يكون لرفع التناقض، فإذا لم يوجد التناقض في القرآن، لا يوجد فيه النسخ أيضاً.

٢- إن القياس لا يلجأ إليه إلا في حالة عدم وجود نص يدل على الحكم، فإذا كان النص موجوداً ودالاً على حكم، فكيف يُصار إلى قياس ليثبت به نقيض هذا الحكم؟

٣- القياس لم يكن دليلا شرعيا في عهد الرسالة، لانحصار مصادر الأحكام قبل وفاة الرسول (ﷺ) في القرآن والسنة النبوية. فالقرآن مصدر منشئ والسنة مصدر مبين.

---

[١] تعبير (على الصحيح) ورد في بداية كلامه (٢/٥٠) في قوله (ويجوز على الصحيح نسخ بعض القرآن تلاوة وحكما أو أحدهما فقط)، وهذا معطوف على ذلك، والقيد المعتبر في المعطوف عليه معتبر في المعطوف أيضاً.

[٢] ابن السبكي، المصدر السابق ٢/٥٤.

٤- دور النسخ انتهي بوفاة الرسول (ﷺ)، فكيف يكون القياس ناسخاً بعد وفاته وهو عملية اجتهادية عقلية ظنية لجأ إليها الفقهاء بعد انقطاع الوحي، بل أنكر حجيته كثير من الفقهاء.

٥- أين هذا القياس في العالم الإسلامي حتى يجوز النسخ به، هل هو موجود في مرجع من مراجع الشرع الإسلامي أو هو مجرد تصور ذهني وجوده كوجود العنقاء، فإذا كان مجرد خيال، لماذا يشوه به هذا القرآن العظيم ويُنسب اليه تهمة نسخه بالقياس.[1]

ثالث عشر: اقسام النسخ من حيث المنسوخ:

قسم ابن السبكي[2] النسخ باعتبار المنسوخ إلى ثلاثة أقسام، منسوخ الحكم والتلاوة معا، ومنسوخ الحكم فقط، ومنسوخ التلاوة وحدها.

القسم الأول: النسخ حكماً وتلاوة:

وقد أثبتنا بالأدلة العقلية والنقلية في مؤلفنا (التبيان لرفع غموض النسخ في القرآن) بطلان هذا الزعم.[3]

القسم الثاني: منسوخ الحكم دون التلاوة:

ويدل على بطلان هذا الزعم أدلة كثيرة منها ما يلي:

١- ألفاظ القرآن قوالب جعلت لمعانيه التي هي أحكام تنظم حياة الأسرة البشرية وتؤمن لها السعادة الأبدية في الدارين، إذا تم العمل بمقتضاها، فالألفاظ غير مقصودة لذاتها وإنما جعلها الله لتكون وسيلة لإيصال تلك المعاني والأحكام إلى الإنسان وهذه الألفاظ وردت في الكتب السماوية بلغات متعددة، آخرها اللغة العربية الحية المرنة القابلة لتحميلها أكثر من معنى في القرآن العظيم الذي هو دستور الأخير المعدل للدساتير الإلهية السابقة يلتزم

---

(١) وقد يرد هذه الأدلة من هو متعصب لابن السبكي أكثر من تعصبه للقرآن الكريم.

(٢) ابن السبكي، المصدر السابق ٢/٥١-٥٢.

(٣) ص٧٥ وما يليها.

الإنسان بالعمل بمقتضاه مادامت الحياة باقية على كوكب الأرض.

والألفاظ بمثابة القشرة والحكم بمثابة اللب في غير القرآن من المأكولات المباحة للإنسان، فماهي فائدة القشر إذا جرد من لبه وهل تبقى له قيمة يعتد بها قبل ذلك.

٢- القرآن نزل على محمد (ﷺ) ليبلغ به الأسرة البشرية ويكون رحمة للعالمين، كما قال سبحانه وتعالى ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾[1] ولم ينزل للترديد بألفاظه وليتغنى به في المناسبات وعلى المقابر والأموات، وإنما هو دستور الأحياء للعمل بمعانيه ومقتضاه، فما هو المقتضى إلى كان المطلوب الأساس مفقودا وهو المعاني والأحكام.

٣- ماذا تقول لم أهدى اليك علبة من حلويات وبعد أن سلمها لك، سحب محتوياتها من تلك الحلويات، فطلب منك الإحتفاظ بالعلبة حتى تشتم رائحة الحلويات وتتلذذ بقشرها.

٤- ماذا يُقال لمن يشرع قانونا لتنظيم مجتمعه وضمان حقوق والتزامات أفراد هذا المجتمع، ثم يلغي العمل بمقتضاه، لاشك أن مثل هذا العمل يعد سفها ونقصا وعبثاً وعملاً لا معقولاً بالنسبة للمشرع الوضعي، واذا كان الغاء الحكم وبقاء المادة (الألفاظ) نقصاً بالنسبة إلى العبد، فكيف يجوز أن يُنسب إلى عليم حكيم عزيز قدير منزه عن كل عيب ونقص.

٥- أين تلك الآيات التي نسخت أحكامها وبقت تلاوتها؟ وهذا التصور مجرد خيال لا وجود له إلا بالنسبة لمن يجعل الأوهام حقيقة لا وجود لها خارج ذهن الإنسان.

القسم الثالث: منسوخ التلاوة دون الحكم:

وهذا الزعم باطل أيضا لأدلة أهما ما يلي:

١- إن هذا الكلام إن صحَّ فإنه ليس بقرآن وقد استشهد دعاة هذا النوع من النسخ بأخبار آحاد منها (الشيخ والشيخة إذا زنيا[2] فأرجموهما البتة نكالاً من الله).

ومن الغريب أن يُعد هذا الكلام كلام الله نسخ تلاوته وبقي حكمه، مع أنه كان كلاماً جاهلياً معروفا قبل الاسلام، وإن الذوق السليم يدرك أن مثل هذا التعبير خال عن كل بلاغة وبعيد عن أن يكون كلام الله سبحانه وتعالى، نسخت تلاوته وبقي حكمه.

---

[1] الأنبياء : ١٠٧

[2] البرهان في علوم القرآن، للإمام بدرالدين محمد بن عبدالله الزركشي، رقم ٢/٢٥.

ثم إن الرجم الذي قضى به الرسول تقليدا للعرف الجاهلي أو أخذا بما هو في التوراة، قد نسخ بقوله تعالى ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ ...﴾ [١]

٢- الرجم لم يثبت في القرآن، وإنما ثبت بفعل الرسول (ﷺ) بناء على ما كان في العرف الجاهلي أو في التوراة، وإن القاعدة الشرعية العامة التي أقرّها القرآن قبل القوانين تقضي بأنه (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) في آيات كثيرة منها قوله تعالى ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولاً يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا...﴾ [٢]، ولا توجد آية قرآنية تنص على عقوبة الرجم لجريمة الزنى إذا كان الزاني أو الزانية متزوجاً.

٣- وقد أنكر كبار العلماء هذا القسم من النسخ لعدم منطقيته، ومن هؤلاء الزركشي[٣] حيث قال: (وجزم شمس الأئمة السرخسي بامتناع نسخ التلاوة مع بقاء الحكم، لأن الحكم لا يثبت بدون تلاوة)، ومنهم صدر الشريعة[٤] (ومنع بعض العلماء وجود المنسوخ تلاوة، لأن النص لحكمه والحكم بالنص، فلا انفكاك بينهما)، وقال القاضي أبوبكر الباقلاني[٥] (إن رواية عمر وأمثالها من الروايات التي تزعم وجود قرآن نسخ تلاوة رواية آحاد لا يصح التعويل عليها، فما تثبته غير ثابت ولو كانت التلاوة باقية لبادر سيدنا عمر (ﷺ) إلى كتابتها ولم يعرج إلى فعل النص).

٤- وقال الألوسي: نسخ التلاوة أصلا ممتنع.

---

[١] النور : ٢

[٢] القصص : ٥٩

[٣] البحر المحيط ١٠٤/٤

[٤] التوضيح والتنقيح ٣١٨/٢.

[٥] الانتصار لنقل القرآن المخطوطة ص ٢٠١.

رابع عشر: تعريف القياس:

ومن أخطاء ابن السبكي في كتابه جمع الجوامع، تعريفه للقياس بأنه (حمل معلوم على معلوم لمساواته في علة حكمه عند الحامل).[١]

وجه الخطأ: إن العلة المشتركة بين المقيس والمقيس عليه لا تكون متساوية دائما بل العلة التي هي ركن من أركان القياس قد تكون مساوية في كل من المقيس والمقيس عليه، كما في قياس إحراق مال اليتيم على أكله المحرم في قوله تعالى ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْماً إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَاراً وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيراً﴾.[٢]

والضرر الذي يترتب على احراق مال اليتيم باية طريقة كانت يساوي الضرر الذي يترتب على أكله بدون زيادة أو نقصان، فالقياس في هذه الحالة يسمى (القياس المساوي).

وقد تكون علة الحكم أشد وأقوى في المقيس من المقيس عليه كما في قياس ضرب الوالدين على التأفيف المحرم في قوله تعالى ﴿...فَلاَ تَقُل لَّهُمَا أُفٍّ...[٣]﴾، لأن من البدهي أن في الضرب إيذاء بدنيا ومعنويا اشد بكثير من إيذاء التأفيف من الناحية الحسية والمعنوية. والقياس في هذه الحالة يسمى القياس الجلي أو القياس الأولى. وقد تكون العلة المشتركة بين المقيس والمقيس عليه في المقيس أخف واضعف كقياس أبي حنيفة (رحمه الله) جواز تزويج البنت العاقلة الرشيدة نفسها ممن تختاره شريكاً لحياتها بدون اذن وليها على جواز بيعها لمالها الخاص بجامع خصوصية الحق المتصرف فيه للمتصرف ومن الواضح أن العلة في المقيس أضعف حجة لأن موضوع التزويج لا يخص البنت ذاتها كما يخصها مالها الخاص، لأن التزويج بدون إذن الولي يُعد وقاحة بالنسبة للبنت من جهة ومن جهة أخرى قد يؤدي إلى اساءة سمعة الأسرة، فالخصوصية في الحقين غير متساوية، وهذا القياس يسمى القياس الخفي أو القياس الأدنى. وبناءا على ذلك كان المفروض على ابن السبكي (رحمه الله) أن يقول حمل معلوم على معلوم لأشتراكها في علة الحكم عند الحامل.

---

[١] القصص : ٥٩

[٢] النساء : ١٠

[٣] الإسراء : ٢٣

ثم ان تركيز ابن السبكي على صفة المساواة للعلة المشتركة بين المقيس والمقيس عليه يتناقض مع تنبيه لفكرة التقسيم الثلاثي للقياس بحسب قوة وضعف علته الى الجلي والمساوي والخفي في نفس المرجع.(٢/٢١٧)

رب زدني علما والحقني بالصالحين

الدولة والمفاضلة
بين النظامين
(الملكي والجمهوري)

طبيعة هذا الموضوع تتطلب تقسيم دراسته من الناحية الشكلية إلى فصلين:

يُخصص الأول لتعريف الدولة وعناصرها وأسباب نشوئها وأنواعها.

ويكون الثاني للمفاضلة بين النظامين الجمهوري والملكي.

الفصل الأول
الدولة، عناصرها، أسباب نشوئها، أنواعها

وتوزع دراسة هذا الموضوع على ثلاثة مباحث، الأول في عناصر الدولة، والثاني في نشأتها والثالث في أنواعها.

المبحث الأول
الدولة وعناصرها

أصل كلمة دولة (State) يعود إلى اللغة اللاتينية وبالذات كلمة (Status) التي تعني الحالة المستقرة. ولم تأخذ الكلمة مدلولها السياسي إلا في العهد الروماني عندما أقيمت الجمهورية. ولها معاني سياسية وقانونية واجتماعية وثقافية، إختلفت بإختلاف الأزمنة والأمكنة.[1]

تعريف الدولة

عُرّفت الدولة بتعريفات متعددة، أدقّها أنها "كيان سياسي وقانوني منظم يتمثل في مجموعة من الأفراد الذين يقطنون في أرض محددة ويخضعون لتنظيم سياسي وقانوني واجتماعي معين تفرضه سلطة عليا معترف بها في القانون الدولي لها شخصية معنوية تتمتع بحق استخدام القوة."[2]

---

[1] الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، الدكتور نعمان أحمد الخطيب، ص١٣

[2] عرّفها الفقيه الفرنسي كاري دى مالبيرج بأنها مجموعة من الأفراد تستقر على اقليم معين تحت تنظيم خاص يعطي جماعة معينة فيه سلطته عليها تتمتع بالأمر والإكراه.

عناصر الدولة:

عناصر كل شيء، هي ما تؤخذ من تعريفه، فإذا كان العنصر جزءاً من ماهيته يُسمى ركناً، وإلاّ فيُسمى شرطاً.

ويؤخذ من التعريف المذكور أن عناصر الدولة ستة، وهي السكان، والإقليم، والحكومة، والسيادة، والإستقرار والإعتراف الدولي.

العنصر الأول/ السكان: ولا يُشترط عدد معين ولكن يلزم أن يقوم بين افراد الدولة أيّاً كان عددهم نوع من الإنسجام.[1]

العنصر الثاني/ الإقليم: ويشمل الإقليم الجوّي والبحر القاري والمياه الإقليمية وباطن الأرض وما فيها من مناجم ومعادن ومياه جوفية، كما يشمل ما فوق الأرض من الأنهار والغابات والمرتفعات والجبال.

أ- سواء كان إقليماً ارضياً، وهو مساحة من الأرض قد تتحدد بحدودٍ طبيعية كالجبال والبحار والأنهار، وقد تتحدد بحدود صناعية كإقامة الأسوار والأبراج والأسلاك، لتكون فاصلاً واضحاً يُبيّن نهاية حدود الإقليم.

ب- أو كان إقليماً مائياً وهو جزء من البحار الملاصق لحدود الدولة والذي يُطلق عليها البحر الإقليمي، إذا وُجد، ويشمل البحر القاري والمياه الإقليمية.

ج- أو كان إقليما جوياً، وهو الفضاء الجوي الذي يعلو الإقليم الأرضي والبحري حسب حدودهما، وللدولة أن تمارس سلطاتها الكاملة في هذا الجزء من الإقليم الجوي دون تقيُد بإرتفاع معين .

العنصر الثالث/ الحكومة: أي السلطة العامة، فيلزم لنشوء الدولة قيام سلطة عليا، تكون قادرة على أن تتولى شؤون الجماعة، سواء كان قيامها برضاء الجماعة أو بدونه.

وعرّفها الدكتور نظام بركات والدكتور عثمان الرواف والدكتور محمد الحلوة بأنها كيان سياسي وقانون منظم يتمثل في مجموعة من الأفراد الذين يقيمون على أرض محددة ويخضعون لتنظيم سياسي وقانوني واجتماعي معين تفرضه سلطة عليا تتمتع بحق استخدام القوة.

[1] الدكتور ثروت بدوي، النظم السياسية، ط١٩٦٤، ص٢٥.

العنصر الرابع/ السيادة: وهي حالة إستقلال سلطة الدولة عن أية سلطة أخرى، داخلية كانت أم خارجية.

وبتعبير آخر الإستقلال السياسي أو الوحدة السياسية. ويُقصد بذلك قيام جماعة بذاتها بعيدة عن اندماجها أو تبعيتها لوحدة سياسية أخرى. وإذا توافرت هذه العناصر الأربعة أصحبت الجماعة دولة في العرف القانوني الداخلي، ومنه القانون الدستوري، ولكن هذا لا يكفي وحده لوجود الدولة في القانون الخارجي (القانون الدولي العام)، بل يجب أن تستكمل هذه الجماعة سيادتها الخارجية بالإعتراف دولياً للجماعة بصفتها دولة حرّة في اختيار شكل حكومتها مع حقها في التمثيل السياسي والتصرف بإسم الدولة مع غيرها من الأمم.

العنصر الخامس/ الإعتراف بالحكومة: وقد إختلف فقهاء القانون الدولي في تحديد طبيعة الإعتراف، هل هو اعتراف منشئ أو مقرر؟ وهل هو عمل سياسي أو عمل قانوني؟ وهل هو ملزم أو اختياري؟ وهل يصح أن يصطحب الإعتراف بشروط معينة؟ وهل يجوز أن تكون للإعتراف أثر رجعي؟ ولا مجال هنا لإستعراض الأدلة التي يستند إليها تلك الإتجاهات المختلفة ومناقشتها.

وبمقتضى توافر تلك العناصر كلها لا يتصور وجود الدولة بدون أن تكون لها شخصية قانونية، فتظهر كوحدة مستقلة من الأفراد المكونين لها وتكون هي صاحبة السلطان دونهم، لذا يُقال شخصية الدولة شخصية معنوية، وذلك لتمييز ما بينها وبين الشخصية الطبيعية المادية التي للأفراد. وهذا هو الوجود الدائم الذي يميز الدولة من الأفراد المكونين لها ومن الأشخاص الآدميين الممثلين إياها، ويترتب على هذا الدوام نتائج أهمها ما يأتي:

أ- الحقوق التي للدولة تظل قائمة ما بقيت هذه الأخيرة وإن تبدل ممثلوها وكان الناس إلى القرن السادس عشر يعتقدون أن السيادة تنقطع وتتعطل عند وفاة الملك.

ب- الإلتزامات التي تتعهد بها الدولة تبقى رغم تبدل شكلها أو تغير ممثليها فتظل الإلتزامات المالية التي تعلقت بذمة الدولة قائمة وكذلك تبقى المعاهدات التي تبرمها.

ج- القوانين التي تسنها الدولة تبقى قائمة ما لم تلغ صراحة وضمناً.[1]

---

[1] الدكتور عثمان خليل، القانون الدستوري، الكتاب الأول في المبادئ الدستورية العامة، ص٥٨ وما يليها.

المبحث الثاني
نشأة الدولة

تعددت النظريات في كيفية نشوء الدولة، منها ما يلي:

أولا: النظرية الثيوقراطية،[١] مضمونها هو أن الدولة نشأت على أساس إلهي، وقد مرّت هذه النظرية بالصور الثلاث الآتية:

١- كان الحاكم (أو رئيس الدولة) يُعتبر من ذي طبيعة إلهية، فهو لم يكن مختاراً من الله، بل كان الإله ذاته. وقامت بعض الدول القديمة على هذا الأساس، كما كان في مصر وفارس وهند وصين، وكان الملوك والأباطرة يُنظر إليهم باعتبارهم آلهة، وكان الرومان يُقدسون الإمبراطور باعتباره إلهاً.

٢- تطورت نظرية اعتبار الحاكم من طبيعة إلهية، ولم يعد الحاكم إلهاً أو ذا طبيعة إلهية، بل أصبح مستمداً سلطته من الله، فالحاكم يصطفيه الله ويودعه السلطة، وهذا ما يسمى التفويض الإلهي المباشر. أي أن الحاكم يستمد سلطته من الله مباشرة دون تدخل إرادة أخرى في إختياره. كما في العراق القديم في عهد حمورابي.

٣- التفويض غير المباشر في العصور الوسطى أثناء الصراع بين الكنيسة والإمبراطور، ظهرت فكرة التفويض الإلهي غير المباشر، أي أن الحاكم يتولّى السلطة عن طريق شعب بتوجيه من الإرادة الإلهية.

والنقد الموجه إلى هذه النظرية هو أنها مجرّد حيلة يلجأ إليها الحاكم تبريراً وتدعيماً لسلطته المطلقة الإستبدادية، وتلافياً لمسؤوليته عن أعماله أمام الشعب.[٢]

ثانيا: نظرية العقد الإجتماعي: مضمونها أن الحياة الفطرية سبقت قيام الجماعة، فانتقل الإنسان من الحياة الفطرية إلى الحياة الجماعية عن طريق عقد اجتماعي بين الأفراد بقصد إقامة السلطة الحاكمة. وقد ظهرت هذه النظرية في القرنين السابع عشر والثامن عشر، وكان من أنصارها والمدافع عنها في القرن السابع عشر، الفيلسوفان

---

[١] دكتور ثروت بدوي، النظم السياسية، ص٨٦ وما يليها .
د.حازم عبدالمتعال، النظرية الإسلامية في الدولة، ص٧٠ وما يليها.

[٢] د.حازم عبدالمتعال، المرجع السابق، ص١٦٤.

الأنكليزيان (هوبز، ولوك)، وقد بلغت هذه النظرية ذروة شهرتها على يد السياسي الفرنسي الشهير (روسو).

ومن الإنتقادات الموجهة إلى هذه النظرية:

١- عدم وجود دولة في التأريخ نشأت عن طريق العقد الإجتماعي.

٢- إنها مجرد افتراض من ورائه خطورة إعطاء الدولة سلطة تحديد مدى ما تنازل عنه الأفراد من حريات ومدى ما تحمّلوه من التزامات، وفي هذا تمهيد السبيل للحكم المطلق.

٣- فكرة التعاقد في حد ذاتها بعيدة عن خيال الإنسان في العصور الهمجية الأولى.

٤- مبدأ الحريات والحقوق السياسية لا يصح أن يكون محلاً للتعاقد.

٥- من الصعب تصور عقد يتم في وقت لم توجد فيه وسائل المواصلات البرية والبحرية والجوية والسلكية واللاسلكية بين أفراد بني البشر.

الصلة بين العقد الإجتماعي وبيعة العقبة:

لا يوجد أيُ تقارب بين بيعة العقبة في عهد الرسالة وبين العقد الإجتماعي، للأسباب الآتية:

أ- العقد الإجتماعي مجرد افتراض وخيال ليس له سند من الواقع. بخلاف بيعة العقبة، فهي ثابتة بالتواتر.

ب- الإتفاق في بيعة العقبة لم يكن على أساس تكوين الدولة، بل كان في البيعة الأولى الإتفاق على التوحيد والإلتزام بالقواعد الإجتماعية والأخلاقية. وفي الثانية كان الإتفاق على التضامن في حالتي السلم والحرب.

ج- لم يحضر في البيعة جميع أفراد المسلمين، بل حضر في الأولى إثنى عشر رجلاً من أهل المدينة، وفي الثانية حضرها ثلاث وسبعون رجلا وإمرأتان.[1]

ثالثا: نظرية التطور العائلي: أي نشأت العائلة أولا ثم تطورت إلى حلقة الجماعة، ثم إلى العشيرة، ثم إلى القبيلة، ثم إلى المدينة السياسية، ثم إلى نشأة الدولة.

ويؤخذ على هذه النظرية بعض المآخذ منها:

أ- لا يؤيدها التأريخ، لأن هناك بعضاً من الدول كالفرس ومصر الفرعونية وبلاد

---

[1] الأستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهوري، رسالة الخلافة، ص٥.

الإغريق في الروما، لم تمرّ بهذا التطور.

ب- فكرة العائلة لم تكن هي الأصل في تكوين الجماعات البشرية، بل كانت المرأة في ذلك العهد أقرب إلى المتاع المشاع، فلم تكن هناك أسرة حتى تتطور.

رابعا: نظرية الضرورة: الإنسان كائن إجتماعي يسعى بإستمرار للمحافظة على كيانه ورفع مستوى معيشته، وهو في هذه الطبيعة لا يستطيع أن يعيش منفرداً لعدم قدرته على إشباع كل حاجاته ومستلزمات حياته، لذا اقتضت الضرورة إلى تكوين وجود مجتمع لحماية العلاقات الإنسانية المتعددة والمصالح الخاصة والعامة، ولو تطلب ذلك نزول البعض عن قدر معين من الحقوق التي يمتلكها بحكم الطبيعة. بمعنى أن يكون هناك قواعد تُنظم سلوك الأفراد ومعاملاتهم وتُشرف عليها سلطة عامة، تُمثل هذا المجتمع، قادرة على إجبار كل فرد على إحترام ما تضعه من قواعد يراعى بها التوازن بين الحرية والمصلحة الذاتية.[1] وهذه النظرية يؤيدها العقل السليم.

خامسا: نظرية القوة: ترى هذه النظرية أن الدولة مصدرها الأول القوة والصراع بين الجماعات البدائية. فالدولة طبقاً لهذه النظرية لا تعدو أن تكون في الواقع نظاماً فرضه شخص أو أشخاص بطريق العنف على باقي الأفراد، لحملهم على الخضوع لهم. وقد حاول أنصار هذا الإتجاه الإستشهاد بوقائع تأريخية تبين عنصر القوة وأهميته كمصدر فعال لنشأة الدولة.[2]

والقوة في معناها الحديث تتسع لتشمل الفكر والإقتصاد والسياسة.[3]

ومن الإنتقادات الموجهة إلى هذه النظرية أن عديداً من الدول الحديثة نشأت نتيجة لإستقلال المستعمرات دون نظرية القوة. والقوة رغم أنها عنصر هام للدولة، غير أن

---

[1] لمزيد من التفصيل يُراجع الدكتور توفيق فرج، المدخل للعلوم القانونية، ط١٩٨١، ص١٣
الدكتور عبدالمنعم فرج الصدة، أصول القانون، ط١٩٨١، ص٩.
الدكتور محمد كامل ليلة، النظم السياسية،
الدكتور نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص٤٣٩.

[2] الدكتور فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، ص٣٣١.

[3] الدكتور ابراهيم شيحا، مبادئ الأنظمة السياسية، ص١٨٢.

ويُعتبر ابن خلدون من أنصار هذه النظرية، حيث أوضح في كتابه (المقدمة) هذا الإفتراض وحدد كيفية نشأة للدولة وانهيارها.

وحدها لا تكفي لأن تكون مصدراً أو أصلاً لنشأة الدولة.

سادساً: نظرية التطور التاريخي: ومن أهم ما تمتاز به هذه النظرية من غيرها من النظريات السابقة، أنها لا تُرجع أصل نشأة الدولة إلى عامل محدد بذاته، وإنما إلى عوامل متعددة كالقوة والإقتصاد والدين والفكر ونحو ذلك. فهذه العوامل تفاعلت بعضها مع البعض، ثم أدّت إلى تجمع مجموعة من الأفراد وظهور فئة استطاعت فرض سيطرتها على سائر الجماعات، ثم ظهور فئة عليا حاكمة وأخرى محكومة. ومن البديهي أن تفاعل العوامل الإقتصادية والإجتماعية والفكرية والمادية لم يحدث فجأة في تجمع واحد، وإنما حدث في فترات زمنية طويلة. ومن أنصار هذه النظرية في فرنسا، (عميد ديجي).[1]

وهناك نظريات أخرى لا ارى فائدة في نقلها أو مناقشتها.

تقويم النظريات المذكورة:

وفي رأينا المتواضع أن نظرية الضرورة هي الأقرب إلى الواقع، ورغم ذلك فإن لكل نظرية دوراً مهماً في تكوين الدولة في بعض أقطار المعمورة. ولا ترجع نشأة الدولة إلى نظرية محددة دون أخرى، بل ساهمت كل نظرية في ضوء طبيعة منطقة نشأة الدولة وتأريخها وطبيعتها من الناحية الإقتصادية والإستراتيجية، وتدخل الظروف الخارجية والداخلية في شؤون الشعب الذي نشأت فيه الدولة.

طبيعة الدولة:

ذكرنا سابقا أن الدولة ليس لها وجود حسّي أو كيان ماديّ الإنساني الذي له شخصية طبيعية كسائر الكائنات الحيّة، لذا قال علماء القانون أن للدولة شخصية معنوية (أو حكمية) بعد الإعتراف بها، فلها حقوق وعليها التزامات داخلية ودولية، لكن لا تستطيع أن تمارس اختصاصاتها القانونية إلاّ عن طريق شخص طبيعي، ولا تأثير لتغيُّر نظام الدولة من الملكية إلى الجمهورية أو بالعكس، ولا لتغيُّر الشخص الطبيعي الذي يمثلها في اختصاصاتها من الحقوق والإلتزامات، وعلى سبيل المثل سقوط صدام حسين لم يكن له أي تأثير على حقوق والتزامات العراق لا داخلياً ولا دولياً.

[1] الدكتور فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، ص٣١٦.

المبحث الثالث

أنواع الدولة

تنقسم الدولة إلى أنواع متعددة بحيثيات مختلفة كالآتي:
من حيث الشكل تنقسم إلى الدولة البسيطة والدولة المركبة.
ومن حيث اساس نظام الحكم تنقسم إلى ملكية وجمهورية.
ومن حيث طبيعة نظام الحكم تنقسم إلى ديمقراطية ودكتاتورية.

أولا: الدولة البسيطة:

هي التي تكون كتلة الأمة فيها واحدة متجانسة غير مجزأة ولا مقسمة كفرنسا وأيطاليا واسبانيا ومصر وسوريا، وإن تعددت أقسامها الإدارية من مديريات وأقاليم وولايات ومحافظات. أي أن الدولة البسيطة تُمارس السلطة فيها الإدارة المركزية واللامركزية.

أ- الإدارة المركزية قد تكون مطلقة التمركز من حيث صدور جميع القرارات التشريعية والإدارية من المركز (مركز السلطة في العاصمة) ويكون رؤساء الوحدات الإدارية كالمحافظين معينون من قبل المركز تابعون له ومنفذون لأوامره.

أما الإدارة اللامركزية فهي حالة توزيع مهام السلطة وذلك بمنح المناطق الإدارية حقوق الإدارة الذاتية، فيختص سكان كل وحدة إدارية أو مجموع وحدات (أقاليم) بإدارة شؤون وحدتهم أو إقليمهم إدارة ذاتية. ومن ذلك حق انتخاب المجالس البلدية وحق انتخاب أعضاء مجلس الحكم المحلي. ومنح المجالس المحلية المنتخبة صلاحيات الإدارة الذاتية باعتبارها مجالس تشريعية محلية لا تتقاطع مع المجلس التشريعي المركزي. وبذلك تنقسم دولة مركزية إلى مركزية مطلقة

ومركزيـة ديمقراطيـة، كمـا تنقسـم الدولـة اللامركزيـة إلى لامركزيـة محدودة ولامركزية مطلقة.[1]

كما ان الدولة البسيطة قد تكون ملكية وقد تكون جمهورية، ويأتي تفصيلهما في الفصل الثاني بإذن الله.

ثانياً: الدولة المركبة:

وهي التي تتألف من دولتين فأكثر، لكل واحدة منها سيادة داخلية وسيادة خارجيـة متميزة. وتنقسم إلى الأقسام الآتية:

١- **الإتحاد الشخصي**: وتكون وحدة شخص رئيس الدولة هي مظهر الوحـدة، ولكـل دولة سياستها الخاصة وقوانينها الداخلية. ويتألف الإتحاد الشخصي من عدة دول بسيطة منفصلة ومستقلة بعضها عن بعض انفصالاً تاماً من كل الوجوه، بحيث يكـون لكـل دولـة مـن دول الإتحـاد الشخصـي سـيادتها الداخليـة والخارجيـة وشخصيتها المعنوية المنفصلة تماماً علـى الصـعيدين الـداخلي والـدولي، ولكـل منها حكومتها المستقلة. والرابط الوحيد بينها هو وحدة الرئاسة. وهذا النوع من الدول المركبة لا وجود له اليوم في المحيط الدولي المعاصر. ومـن أمثلتـه سـابقا (هولندا ولوكسمبورغ) وقد أنشأه مؤتمر فينّا عام ١٨١٥م، وفي سنة ١٨٩٠م انحلّ هذا الإتحاد.[2]

ومن مظاهر هذا الإتحاد:

أ- الإتحاد الشخصي ينشأ بالصدفة ويزول كذلك بالصدفة، لأنه في الغالب نتيجة حادث عارض في حياة الدولة، وهو تقابل عـرش دولـتين أو أكثـر في شـخص واحد ملكاً أو امبراطوراً.

ب- تحتفظ كل دولة بشخصيتها وسيادتها الدولية.

ج- معاهدات إحدى الدول لا تُلزم الأخرى.

---

[1] يُنظر القاضي نبيل عبدالرحمن حياوي، اللامركزية والفدرالية، ص١١ وما يليها.

اتبع فقهاء القانون والسياسة مناهج متعددة في تقسيم الدول تبعاً لطبيعة اختصاصاتهم ومن تلك التقسيمات إلى دول كاملة السيادة وأخرى ناقصة السيادة.

[2] المرجع السابق، ص١٣. الدكتور عثمان خليل، المرجع السابق، ص٨١ وما يليها.

د- تبقى كل دولة من الدول الأعضاء أجنبية تجاه الأخرى.

هـ- لكل دولة جنسيتها الخاصة.

ويُعتبر الإتحاد الشخصي اضعف الإتحادات.

٢- الإتحاد الإستقلالي أو التعاهدي: ينشأ نظام الدول التعاهدية بإتفاق يُبرم بين عدة دول، يتكون بمقتضاه مجلس تعاهدي يضم ممثلين للدول الموقعة على الإتفاق، ويجتمع بإنتظام للنظر في المسائل المشتركة المحددة بالإتفاق. ورغم هذا المجلس التعاهدي، تحتفظ كل دولة بإستقلالها وسيادتها، ولا يترتب على الإنضمام لهذا الإتحاد قيام دولة فوق الدول المتعاهدة، وإنما ينحصر الأثر في النظر في بعض المسائل التي تهم الإتحاد.

وأهم ما يميز الإتحاد التعاهدي من الإتحاد الفدرالي أن كل دولة من الدول المُنضَمّة للإتحاد التعاهدي، إضافة إلى احتفاظها بشخصيتها، تحتفظ أيضا بحريتها في الخروج من الإتحاد التعاهدي في أي وقت شاء. ولهذا فإن الإتحاد التعاهدي يُعتبر بطبيعته نظاماً مؤقتاً ينتهي بعد مدة إما إلى الزوال وإما إلى التحول إلى الدول التعاهدية أو إلى دولة فدرالية. وهذا هو ما حدث فعلا بالنسبة للدول التعاهدية التي عرفها التأريخ. منها دول الإتحاد التعاهدي لدول أمريكا الشمالية الذي استمر من عام ١٧٧٨ الى ١٧٨٧، حيث تحول إلى دولة فدرالية بصدور دستور الدولة الفدرالية. ويتميز بعدم إمكان توسيع إختصاصات هيئة الإتحاد إلا بموافقة جميع الدول المشتركة فيه على ذلك.

٣- الإتحاد الحقيقي أو الفعلي: في هذا النوع مظاهر الوحدة والتماسك تزداد فيكون للدولة رئيس أعلى واحد، وسلطات واحدة تُباشر شؤونها الخارجية والعسكرية، بحيث تفقد كل دولة داخلة بهذا النوع من أنواع الدول الإتحادية أو المركبة شخصيتها الدولية بالكامل لصالح دولة الإتحاد. وهذا الإتحاد أقوى من سابقيه.

ومعناه أن دولتين أو أكثر تَنضَمُّ فيما بينها في اتحاد دائم تحت رئيس واحد وحكومة واحدة في كل ما يتصل بشؤونها الخارجية، ويترتب على ذلك أن ينشأ شخص دولي جديد، هو دولة الإتحاد. ويترتب على هذا النوع النتائج الآتية:

أ- تفقد دول الأعضاء شخصيتها الدولية، فالتمثيل الدبلوماسي تكون واحداً بالنسبة إلى الإتحاد.

ب- الحرب مع إحدى دول الأعضاء تُعتبر حرباً مع الكل.

والحاصل إن الإتحاد الفعلي أو الحقيقي:

- هو اتحاد بين دولتين أو أكثر تتخلى أطرافه عن سيادتها الخارجيـة لتصبح ذات شخصية دولية واحدة ويتولى رئاستها أحد رئيسي الدولتين.

- السياسة الخارجية واحدة والتمثيل الدبلوماسي واحد تتولاه حكومة واحـدة، ويحمل مواطنو الدولتين جنسية واحدة.

- الأمور الداخلية يُترك للدول الأعضاء حق حرية التصرف فيها.

- الحرب التي يدخل فيها أطراف الإتحاد تُعد ملزمة لأطرافه.

- الحرب بين الدول الأعضاء تُعد حرباً أهلية.

ومن أهم الأمثلة على هذا الإتحاد:

الجمهورية العربية المتحدة (مصر-سوريا) ١٩٥٨-١٩٦١.

الإتحاد بين اليمن الشمالي والجنوبي منذ ,١٩٩٠

٤- **الإتحاد الكونفدرالي:** هو عبارة عن أحد أنواع الدولة المركبة تتكون عـن توافـق إرادات دول مستقلة تمام الإستقلال بتأليف مجلس اتحادي استشـاري بمثابـة جمعيـة دولية سياسية أو منظمة أو هيئة تضم الممثلين عن حكومات الأعضاء، وقـرارات المجلس تُصبح إلزامية. كما أن تكوّن الفدرالية قـد يكـون بـموجب معاهـدات واتفاقات دولية يُخول كل عضو أن ينسحب منها حسب ما هو منصـوص عليـه في وثيقة المعاهدة.[1]

٥- **الإتحاد المركزي أو الفدرالي:** وهي دولة كاملة التكوين والسيادة.

من أنواع الدول المركبة ذات الأهمية في الوقت الحاضر الدولة الفدرالية أو الإتحـاد المركزي أو الفدرالي، وتتكون الدولة الفدرالية من اشتراك مجموعة مـن الـدول في دولة واحدة، بحيث تحتفظ كل دولة بدستورها الخاص الـذي تضـعه بنفسـها، كمـا تحتفظ بسلطاتها العامة الثلاث (التشريعية والقضائية والتنفيذيـة).. وفي نفـس الوقت تنشأ دولة مركزية فوق مجموع الدول المكونة للإتحاد الفدرالي، ويكون لهذه الدولة المركبة دستور خاص بها وسلطات مركزيـة تشـريعية وتنفيذيـة وقضـائية

---

[1] القاضي نبيل، المرجع السابق، ص١٨

تُباشر وظائفها بالنسبة للدولة المركزية، أي بالنسبة للإختصاصات التي يعهد بها إليها الدستور المركزي لكي تباشرها السلطات المركزية بالنسبة لجميع الدول المُنضَمَّة للإتحاد الفدرالي، بمعنى أن هذه الإختصاصات تخرج بهذا التحديد من نطاق الإختصاصات التي تُباشرها السلطات العامة في الدول الأعضاء في الإتحاد. وتتميز الدولة الفدرالية بأنها تُعتبر في نظر سائر الدول في القانون الدولي دولة واحدة مُمثلة في الدولة المركزية، وفي الإتحاد الفدرالي تُنظم العلاقات بين الدول الأعضاء فيما بينها من جهة وفيما بينها وبين الدولة المركزية من جهة أخرى وفقا لأحكام القانون العام الداخلي، وبوجه خاص القانون الدستوري المركزي وأحكام دساتير الدول الأعضاء.

كيفية توزيع الإختصاصات بين الدولة المركزية والدويلات(الأقاليم):

هنالك ثلاث طرق يمكن اتباعها فيما يتعلق بتوزيع الإختصاصات بين الدولة المركزية والدويلات(أو الأقاليم):

الطريقة الأولى: أن يُحدِد الدستور المركزي اختصاصات كل من الدولة المركزية والدويلات على سبيل الحصر. ومن أمثلة هذه الدول الولايات المتحدة الأمريكية والإتحاد السوفيتي سابقا.

ومن عيوب هذه الطريقة أنها لا تسمح بتحديد صاحب الإختصاص بالنسبة للمسائل التي يُظهرها التطبيق العملي لأحكام الدستور دون أن يكون لها ذكر في نصوص الدستور.

الطريقة الثانية: أن يُنص في الدستور على اختصاص الولايات على سبيل الحصر، ويُترك اختصاص الدولة المركزية بدون تحديد، على أساس أن كل ما لا يرد ذكره في اختصاص الولايات يكون من اختصاص الدولة المركزية. وبذلك يكون اختصاص حكومة الإتحاد عاماً وشاملاً بحيث يتناول كل الأمور فيما لم يرد فيه نص.. ومن عيوب هذه الطريقة أنها تؤدي إلى توسيع اختصاصات الإتحاد وتقوية مركزه مع مرور الزمن على حساب سلطة الدويلات.

الطريقة الثالثة: تُحدد اختصاصات الدولة المركزية على سبيل الحصر، على أن تكون للدويلات حق مباشرة جميع الإختصاصات التي لا تدخل في اختصاص الدولة المركزية بصريح النص. وهذه هي الطريقة المتبعة في تحديد الإختصاصات في

المكسيك والأرجنتين.[1]

مقارنة بين سلطة الدولة المركزية وسلطة الدويلات:

وجدير بالذكر أن سلطة الدولة المركزية أقوى بوجه عام من سلطة الديلات لسببين:

أحدهما أن الدولة المركزية تُباشر اختصاصاتها المقررة لها في الدستور بالنسبة لسكان الولايات.

والثاني أن السلطة القضائية المركزية تختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الدول الأعضاء فيما بينها، وتلك التي تنشأ بين الدول الأعضاء وبين الدولة المركزية.

أهمية نظام الإتحاد المركزي(الفدرالي):

١- يُعتبر نظام الإتحاد المركزي أكثر النظم ملائمة للدول التي تتكون من أقاليم متسعة الأرجاء كالولايات المتحدة الأمريكية والإتحاد السوفيتي سابقا. أو يكون سكان الدولة مكونين من قوميات مختلفة كالعراق في الوقت الحاضر.

٢- توجيه دويلات ذات نظم متغايرة وجعلها واحدة قوية بدون أن يؤدي إلى القضاء على شخصية هذه الدويلات.

٣- له الفضل في تجميع عدة دول صغيرة سابقاً وتمكينها من التمتع بميزات دولة واحدة، ولو لا هذا النظام لبقيت متباعدة ضعيفة.

انتهاء الإتحاد المركزي (الفدرالي): يُتصور أن تنتهي الدولة المتحدة اتحاداً فدرالياً بأحد الأسلوبين:

أحدهما: انهيار هذه الدولة بالطرق التي يقررها القانون الدولي العام لإنهيار الدول.[2]

والثاني: بقاء الدولة مع تحول شكلها بأن تتحول إلى دولة واحدة بسيطة أو إلى نوع آخر من أنواع الإتحاد المذكورة كالإتحاد التعاهدي

وهذا الأسلوب يُتصور نظرياً، لكن لم يقع تأريخياً إلاّ الأسلوب الأول.

---

[1] يُنظر الدكتور محمد كامل ليله، النظم السياسية، ت١٩٦٨، ص١٣٢.

[2] الدكتور عثمان خليل، المرجع السابق، ص٨٦ وما يليها.

٦- الإتحاد السويسري: ومن أروع أنواع الإتحادات في الماضي والحاضر والمستقبل، الإتحاد السويسري، بمقتضى دستوره الصادر في ١٨/ نيسان ١٩٩٩ المعمول به منذ أول يناير ٢٠٠٠. ونستعرض فيما يلي بعض مواد دستور الإتحاد السويسري، لإثبات أن هذا النوع من الإتحاد يحقق جميع الحقوق والإلتزامات تحقيقاً مقترناً بالعدالة والمساواة دون تمييز باللغة أو الدين أو العرق أو الصنف أو نحو ذلك:

"المادة ١ – الاتحاد السويسري: يتكون الاتحاد السويسري من الشعب السويسري والمقاطعات الآتية: زيورخ، بعن، لوتزرن، لوري، شفيتز، أوبفالدن ونيدفالدن، جلاريس، تزوج، فريبورج، سولوتورن، مدينة بازل وريفها، شافهاوزن، ابنزل رود الخارجية والداخلية، سانت جالين، جراوبوندن، آرجاو، تورجاو، تسين، فو، فالي، نيوشاتيل، جينيف، وجورا.

المادة ٢ - أهداف الاتحاد:

١) يحمي الاتحاد السويسري الحرية وحقوق الشعب ويحافظ على استقلال وأمن البلد.

٢) يدعم الاتحاد الرخاء العام والتنمية الدائمة والتماسك الداخلي والتعددية الثقافية في البلد.

٣) يوفر الاتحاد تكافؤ الفرص بين المواطنات والمواطنين لأقصى حد ممكن.

٤) يبذل الاتحاد الجهد للحفاظ الدائم على الموارد الطبيعية ويسعى لتحقيق نظام دولي يسوده العدل والسلام.

المادة ٣ - المقاطعات: تتمتع المقاطعات بالسيادة طالما أن دستور الاتحاد لم يحد من هذه السيادة، كما تمارس المقاطعات كافة الحقوق التي لم تفوض إلى الاتحاد.

المادة ٤ - لغات الدولة: لغات الدولة هي الألمانية، والفرنسية، والإيطالية، والريتوروومانش.

المادة ٥ - مبادئ تصرفات دولة القانون:

١) القانون هو أساس وحدة تصرفات الدولة.

٢) تكون تصرفات الدولة من أجل المصلحة العامة وتتناسب مع الهدف المنشود.

٣) يجب على أجهزة الدولة والأشخاص التصرف وفقاً لمبادئ حسن النية.

٤) يحترم الإتحاد والمقاطعات القانون الدولي.

المادة ٦ - المسئولية الفردية والإجتماعية: كل شخص مسئول عن نفسه ويبذل كل ما في وسعه للمساهمة في انجاز مهام الدولة والمجتمع.

المادة ٧ - كرامة الإنسان: يجب احترام وحماية كرامة الإنسان.

المادة ٨ - المساواة:

١) كل الناس متساوون أمام القانون.

٢) لا يجوز التمييز بين الناس بسبب الأصل أو العرق أو الجنس أو العمر أو اللغة أو الوضع الإجتماعي أو طريقة الحياة أو الإعتقاد الديني أو الفلسفي أو السياسي ولا بسبب الإعاقة البدنية أو العقلية أو النفسية.

٣) الرجل والمرأة متساويان في الحقوق ويكفل القانون المساواة القانونية والفعلية بينهما خاصة في الأسرة والتعليم والعمل. ولكل من الرجل والمرأة الحق في نفس الأجر عن نفس العمل.

٤) يتخذ القانون الإجراءات اللازمة لإلغاء عدم المساواة التي تمس بالمعاقين.

المادة ٩ - الحماية من التعصف وحماية حسن النية: لكل إنسان الحق في أن تُعامله أجهزة الدولة دون تعصب وطبقاً لمبادئ حسن النية.

المادة ١٠ - الحق في الحياة والحرية الشخصية:

١) لكل انسان الحق في الحياة، عقوبة الموت ممنوعة.

٢) لكل انسان الحق في الحرية الشخصية وخاصة في سلامته البدنية والنفسية وفي حرية التنقل.

٣) التعذيب ممنوع وكذلك كافة صور المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة" [١] [٢].

---

[١] ترجمة الدكتور محمود الجندي والدكتور سامي النيب. وقد تمّ قبول هذا الدستور في تصويت شعبي في١٨/٤/١٩٩٩ وقرار الفاني في ١١/٨/١٩٩٩.

[٢] المقاطعات (الكانتونات) عبارة عن (٢٣) مقاطعة (كانتوناً). الدستور يتكون من (١٩٧) مادة مقسمة إلى ستة أبواب: الباب الأول- قواعد عامة.

الباب الثاني- الحقوق الأساسية وحقوق المواطنة والأهداف الإجتماعية.

الباب الثالث- الإتحاد، والمقاطعات، والبلديات.

الباب الرابع- الشعب والمقاطعات.

الباب الخامس- السلطات الإتحادية.

الفصل الثاني
المفاضلة بين النظامين الملكي والجمهوري

وطبيعة هذا الموضوع تتطلب توزيع دراسته
على مبحثين:
يُخصص الأول للنظام الملكي
والثاني للنظام الجمهوري.

المبحث الأول
النظام الملكي، محاسنها ومساوئها

الحكومة الملكية هي التي يتولى رئيسها الأعلى السلطة عن طريق الوراثة، باعتبار ذلك حقا متوارثاً لا يُشاركه فيه أحد مدى الحياة.

ويُسمى هذا الرئيس الملك أو الإمبراطور أو القيصر أو السلطان أو الأمير أو الدوق أو غير ذلك من الألقاب.[1]

من تتبع تأريخ نشأة النظام الملكي في الماضي والحاضر يجد فيها مساوئ سلبية تنعكس آثارها السلبية على الشعب الخاضع له، ومنها ما يلي:

أولا- قامت الملكية في أصلها على زعم أن للملوك آلهة،[1] أو يستمد سلطته من العناية الإلهية وحدها،[2] ولم تتهذب الأنظمة الملكية لتتماشى مع تطور الحضارة وتتلاءم مع

الباب السادس- مراجعة الدستور والقواعد الإنتقالية.

[1] الدكتور عبدالغني البسيوني عبدالله، النظم السياسية أسس التنظيم السياسي ط١٩٨٤ ص١٨٨.

مصالح شعوبها، إلا بعد مراحل متعددة تتخللها كثير من أعمال العنـف، انتهـت في الغالب إلى ثورات دامية رفعت لواءها الشعوب في وجه النظام الملكـي، وقـد نجحـت هذه الثورات فآلت الملكية منذ بداية القرن العشرين إلى الصور الآتية:

أ- أصبح الملك في بعض البلاد مجرد رمز، كما في بريطانيا واليابان.

ب- تحولت الملكية المطلقة إلى الملكية المقيدة أو الدستورية، كمـا في العـراق سـابقاً والأردن حالياً.

ج- هجرت الأنظمة الملكية في كثير من دول العالم وحلّت محلها الأنظمة الجمهورية، كما في كثير من الدول الأوروبية.[٣]

ثانياً- رغم تطور الأنظمة الملكية بفضل الدساتير التي حددت صلاحيات الملـوك وقيّـدت الملكية المطلقة، فإن دور الأسس السياسية والاجتماعية والاقتصادية والقانونية الـتي يُبنى عليها نظام الحكم الـديمقراطي لا يـزال ضـعيفاً في النظـام الملكـي، إذا قـورن بالنظام الجمهوري في العالم.[٤]

ثالثاً- في ظل النظام الملكي من الصعب التوفيق بين صلاحيات الملك التي تُثبـت عـادة في الدساتير، وبين مقتضيات التطـور الحضـاري وحمايـة الحقـوق الطبيعيـة والحريـات العامة للشعب، وقـد نبّـه علمـاء الدسـتور علـى مـا بـين النظـام الملكـي والحكـم الديمقراطي من المجافاة والتعارض، فالملكية الوراثيـة تحمـل صـاحبها علـى تقويـة

---

[١] نظرية الطبيعية الإلهية للحاكم تذهب إلى أن الحاكم يكون من طبيعة الآلهة، فهو لم يكن مختاراً مـن قبـل الله، بل الإله نفسه، كما في مصر القديمة، كان ملك فرعون يعتبر إلهاً، ولُقب في عهـد الأسـرتين الأولى والثانيـة باسم (هوريوس)، ولُقب في عهد الأسرة الرابعة باسم (رع)، وقد أخذت هذه النظرية أساسـاً لتأسـيس سـلطة الحكام في كل من الهند والصين أيضاً.

[٢] وترى نظرية الحق الإلهي أن الحاكم هو إنسان من البشر، يصطفيه الله ويودعه السلطة، فالحاكم يستمد سلطته من العناية الإلهية وحدها دون أن يتدخل أحد مـن البشـر في اختيـاره، فهـو يُختـار مـن قبـل الله بطريـق مباشر.. يُنظر الدكتور ابراهيم عبدالعزيز شيما، مبادئ الأنظمة السـياسية- الدول، الحكومات، ص٧٦-٧٧.

[٣] يُنظر: الدكتور عثمان خليل، القانون الدستوري، المبادئ الدستورية العامة، ط١٩٥٦، ص٣٤٤، وما يليهـا. الدكتور محمد كامل ليلة: النظام السياسي، ص١٠٨ وما يليها.

[٤] ورغم هذا التطور لايزال الملك يحتفظ بقدسية نسبية، كما ينص علـى ذلـك الدسـتور الأردنـي في المادة (٣٠) التي تنص على أن (الملك هو راس الدولة وهو مصون من كل تبعة ومسؤولية).

نفوذه عن طريق الارتباط بالجهات الأجنبية أو تغذية المنسوبية والعشائرية على حساب مصالح الطبقات الأخرى.

رابعاً- الوراثة ليست طريقة مضمونة حتى يلي الحكم ملك صالح يملك مؤهلات تؤهله لمنصب رئاسة الدولة، وإذا ولّي ملك غير مؤهل لا يستطيع أي مواطن أن يطعن بشخصيته طبقاً لنظام الوراثة، وبالتالي لا يخلص الشعب من الآثار السلبية لحكمه إلا بثورة تُقلعه، والثورة طريق غير مأمون ونجاحها غير مضمون.[1]

خامساً- غياب ضمانات تطبيق الدستور والرقابة الدستورية في الأنظمة الملكية، وقد ينص الدستور على جميع الحقوق والحريات للمواطنين، لكن صلاحيات الملك تجعل هذه النصوص الدستورية مشلولة، وعلى سبيل المثل إن القانون الأساسي العراقي سابقاً لم يكن قاصراً، ولكن لم يتمتع الشعب العراقي بحقوقه الدستورية، بسبب الصلاحيات الواسعة الممنوحة للملك وبسبب غياب الرقابة الدستورية.[2]

سادساً: النظام الملكي يقوم في أصوله الأولية على إنكار سيادة الشعب[3]، لأن الشعب ليس له أي دور في اختيار من يرث العرش من سلالة الملك السابق، ولأن سلطته مستمدة من الوراثة لا من الانتخاب، والملوك يعتبرون حقهم في تولي الحكم حقاً شخصياً، لذا تهتم دساتير الدول الملكية ببيان كيفية توارث العرش أكثر من اهتمامها بحقوق وحريات المواطنين، كما في المواد (٢٨- ٤٠) من الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢.

سابعاً- الوراثة ليست طريقة مضمونة لكي يلي الحكم ملك صالح يتمتع بمؤهلات تؤهله لممارسة الرئاسة، التي هي أخطر مسؤولية تتطلب شخصية تملك مؤهلات تؤهله

---

[1] يُنظر: الدكتور سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الدستوري، ص١٩٧.

[2] على سبيل المثل إن القانون الأساسي العراقي السابق نصّ في المادة (٨١) على إنشاء محكمة عليا يشمل اختصاصها مراقبة دستورية القوانين، لكن هذه المحكمة لا تجتمع إلا بإرادة ملكية تصدر بموافقة مجلس الوزراء، كما في المادة (٨٣)، ومعنى هذا أن إعمال هذا النص الدستوري مرهون بإرادة الملك.
إضافة إلى ذلك فإن المحكمة في تشكيلها المبيّن لا تُنشئ ضماناً كافياً لحماية الحقوق والحريات العامة. فطبقاً للمادة (٨٢) من الدستور، تُشكل المحكمة من ثمانية أعضاء، نصفهم ينتخبهم مجلس الأعيان، والنصف الآخر يُنتخبون من حكام محكمة التمييز أو غيرهم.

[3] لأن هذه السيادة تقدم وديعة من إلى الملك، كما في المادة (١٩) من القانون الأساسي العراقي التي تنص على أن (سيادة المملكة العراقية الدستورية للأمة وديعة الشعب للملك فيصل بن الحسين، ثم لورثته من بعده).

لتحملها، وإذا وقع ذلك فليس من المؤكد أن يبقى الملك صالحاً خلال فترة حكمه، وإذا ولّى الحكم ملك غير صالح طبقـا لنظـام الوراثـة، لا يسـتطيع الشـعب أن يطعـن في شخصيته، لأن من لم يشارك في انتخاب الرئيس، لا يحق له أن يوجه إليـه النقـد لو يطلب تبديله بمن هو أصلح.

ثامنا- تحولت أنظمة ملكية كثيرة في العالم إلى أنظمة جمهورية دون العكس، وهـذا خـير دليل على أفضلية النظام الجمهوري بالنسبة للنظام الملكي.

تاسعا- النظام الملكي الذي مارسه الخلفاء الأمويـون والعباسـيون بعـد تبـديل النظـام الجمهوري الانتخابي في عهد الخلفاء الراشدين إلى النظـام الملكـي الـوراثي، كـان في مقدمـة الأسباب الرئيسـة لتخلف العالم الإسلامي والعربي عن ركب الحضارة البشرية وبوجه خاص في المجال التكنولوجي ولصيرورة العالم العربي والإسلامي الممزق لقمـة سائغة لأعدائه وللمستعمرين والمحتلين.[1]

عاشرا- إن النظام الملكي إذا صلح لبعض البلاد، فإنه غير صالح بالنسبة للعراق مـثلا، لأن شعبه مكون من عدة قوميات وأديان وطوائف، فمن الصعب اختيار الملـك مـن فئة معينة من هذه الفئات، لأن اختيار الملك من أي فئة يعني ترجيح كفة هذه الفئة على البقية، لأن السيطرة الفعلية من الناحيـة العملية تكون بيد الجهة الـتي ينتمـي إليها الملك، لأن الملكية تنتقل عن طريق الوراثة. واستيراد الملك من خارج العراق أمر يرفضه منطق القانون وسيادة الشعب.

مزايا النظام الملكي:

من مزايا النظام الملكي في رأي أنصاره ما يلي:

١- نظام يؤدي إلى الاستقرار في شؤون الحكم، بسـبب بقائه رئيسـاً للـبلاد مـدى حياتـه، الأمر الذي يُمكنه من اكتساب خبرة واسـعة في شـؤون الدولـة الداخليـة وعلاقاتهـا الخارجية، لذا قال (جلادستون) إن الملك بعد أن يحكم عشر سنوات، يعرف عن نظـام الدولة، أكثر من أي رجل آخر في المملكة.[2]

---

[1] لأن كثيراً من تسلموا منصب الخلافة الإسلامية عن طريق الوراثة، لم يكونوا أهلاً لهذا المنصب، فلم يتفكروا في مصالح الأمة.

[2] يُنظر: الدكتور محمد كامل ليلة، النظم السياسية، ص٣١٧.

٢- يتولى الملك منصب رئاسة الدولة بالوراثة، وهي طريقة بطبيعتها هادئة تُجنب الدولة كثيراً من المنازعات والمعارك الانتخابية لرئاسة الدولة، التي قد تحدث في ظل النظام الجمهوري.

٣- إن طريقة تولي الملك لمنصب رئاسة الدولة بالوراثة، تجنبه الانخراط في أي حزب من الأحزاب، مما يكفل استقلال رئيس الدولة عن الأحزاب السياسية المتنافسة في البلاد ويُبقيه فوق الأحزاب جميعها، مما يضمن التوازن بين السلطات المختلفة في الدولة، والتوفيق بين جميع الاتجاهات السياسية، وتقديم النصح والتوجيه لها في إطار الصالح العام، بخلاف النظام الجمهوري الذي لا يصل فيه الرئيس إلى منصبه إلاّ من خلال ترشيح ودعم الأحزاب السياسية له.[1]

ومساوئ النظام الملكي من البديهيات التي لا يمكن انكارها أو مناقشتها.

---

[1] يُنظر: الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، الدكتور نعمان أحمد الخطيب، ص٢٠٩.

المبحث الثاني

النظام الجمهوري، محاسنها ومساوئها

الحكومة الجمهورية هي تلك الحكومة التي يصل فيها الـرئيس الأعلـى إلى موقعـه عـن طريق الانتخاب، على أن يمكث في هذا المنصب المدة التي يحددها الدستور.[١]

يتميز النظام الجمهوري بمزايا تبرز ترجيحه على النظام الملكي حين الخيار بـين النظـامين، ويمكن تلخيصها في المزايا الآتية:

أولا- النظام الجمهوري يضع رأس الدولة شخصاً ينتخبه الشعب أو ممثلوه، ومن الواضـح أن الناخب عادة لا يَنتخب إلا من يراه أكثر كفاءة وصلاحاً وخبرةً وأهلاً لتولي الحكم في الظرف الذي يتم انتخابه فيه، حيث توجد المنافسـة بـين عـدة أشـخاص مرشـحين لتسلم الرئاسة عن طريق الانتخاب، فيختار من هو أصلح من بينهم.

بينما السلطة في النظام الملكي مستمدة مـن الوراثـة وينتقـل العـرش إلى الأقـرب فالأقرب، دون معارض أو منافس، وبغض النظر عن أهليته.

ثانيا- إن رئيس الدولة في النظام الجمهوري ينتخب لمدة محددة بالدسـتور لمـرة واحـدة أو مرتين كحد أعلى.[٢] وهذا مـن مسـتلزمات النظـام الـديمقراطي، لأن تحديـد مـدة الرئاسة تُمكّن الشعب من مراجعة تصرف الرئيس، فهذا يجعله حريصاً على أن تكون تصرفاته سليمة.[٣] وإذا انتهت مدة حكمه في الانتخاب الأول وظهـر صـلاحيته عـن طريق ما أنجزه خلال فترة حكمه، فإنه قد يُنتخـب للمـرة الثانيـة، إذا سمـح الدسـتور بذلك، لإكمال ما بدأ به في المرة الأولى، وقد تُمدّ عن طريق البرلمان إلى المـرة الثالثـة إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك.

وهذه الميزة مفقودة في النظام الملكي الذي أساسه الوراثة.

---

[١] الدكتور عبدالغني بسيوني عبدالله: النظم السياسية- أسس النظام السياسي، ص١٨٨.

[٢] باستثناء بعض الأنظمة الجمهورية الدكتاتورية في العالم العربي، التي هي جمهوريات صورياً وتحولت إلى الأنظمة الملكية الدكتاتورية من الناحية العملية. مثل العراق وليبيا ومصر وتونس سابقاً.

[٣] الدكتور عبدالغني بسيوني عبدالله: المرجع السابق، ص١٨٨.

ثالثاً- في النظام الجمهوري يستطيع الشعب مباشرة أو عن طريق ممثليه، أن يطلب من الرئيس الاستقالة، كما حدث ذلك في أمريكا في عهد (كلنتون)، أو هو يستقيل كما حدث بالنسبة لجمال عبدالناصر، بعد تضحية الجيش المصري في حرب حزيران ١٩٦٦ مع اسرائيل.

بينما هذا غير ممكن في النظام الملكي، لأن الشعب لم ينتخبه حتى يطلب استقالته، حيث أن سلطته الملكية مستمدة من الوراثة، والوراثة ليست محل الطعن والانتقاد، وغير قابلة لسحبها منه ممن لم يكن مصدراً لها.

رابعاً- إذا كان الرئيس في النظام الجمهوري البرلماني غير مسؤول كالملك، فإن مبدأ عدم مسؤوليته محصور في أضيق الحدود ولا يتعدى على كل حال المسؤولية السياسية، بشرط أن لا يتخطى حدوده الدستورية.[1]

خامساً- يُساعد النظام الجمهوري الدول النامية التي قطعت شوطاً كبيراً في الديمقراطية على استكمال باقي مظاهرها[2]، وذلك بسبب تعدد الخبرات والمؤهلات والكفاءات المختلفة الآتية من تعدد الرؤساء الذين يأتي كل واحد منهم تلو الآخر في تسلم منصب الرئاسة عن طريق الانتخاب، فاللاحق يُكمل ما بدأ به السابق ويسد نقصاً كان موجودا في حكم سلفه.

وهذه الميزة قلما تتحقق في النظام الملكي المبني على الوراثة، لا على الصلاح والكفاءة والخبرة والأهلية.

سادساً- يتولى رؤساء الجمهوريات مناصبهم بالانتخاب الحر، على أساس المساواة التامة بين المواطنين الذين تتوافر فيهم الشروط بمنصب رئيس الجمهورية لمدة محددة دستورياً، وتختلف الدساتير في طريقة انتخاب رئيس الجمهورية، وترجع هذه الطرق إلى الثلاث الآتية:

١- الانتخاب عن طريق البرلمان[3]

---

[1] الدكتور سليمان الطماوي: مبادئ القانون الدستوري- نشر دار الفكر العربي، ص٢٠٠.

[2] المرجع السابق ص١٩٨.

[3] نصت بعض الدساتير على انتخاب رئيس الجمهورية عن طريق البرلمان، سواء كان مكوناً من مجلس واحد أو مجلسين، ومن هذه الدساتير دستور الجمهورية الثالثة الفرنسي الصادر عام ١٨٧٥ والجمهورية الرابعة عام ١٩٤٦، والدستور السوري عام ١٩٥٠.

يُنظر: الدكتور نعمان أحمد الخطيب، ص٣٠٢.

ب- الانتخاب عن طريق الشعب.[1]

ج- اشتراك البرلمان والشعب معاً في هذا الانتخاب.[2]

سابعاً- في النظام الجمهوري لا يقتصر التبدل على شخص الرئيس بعد انتهاء مدة الأول وانتخاب الثاني، بل يشمل هذا التبدل أكثر المسؤولين الذين كانوا مرشحين ومعينين من الرئيس السابق في المناصب الحساسة، وبذلك يتناوب أصحاب الكفاءات في تطوير البلاد في كافة المجالات، كل في حقل اختصاصه.

بينما في النظام الملكي توزع المناصب الحساسة الخطيرة على أقارب الملك غالباً، أو على من هو أكثر ولاءاً للعرش، بغضّ النظر عن مؤهلاته.

ثامناً- في النظام الجمهوري، الشعب هو مصدر السلطة وهي من مظاهر سيادة الشعب، بينما في النظام الملكي تكون هذه السيادة للملك، لذا قيل قديماً وحديثاً أن الشعوب تصنع للملوك وتمنحهم السلطات، بينما يجب أن تكون في المجتمعات الشعبية سلطة تكون عادلة لكي تصح قراراتها، وهذه السلطة إنما تكون من الشعب.[3]

تاسعاً- ضمانات تطبيق الدستور والرقابة الدستورية تتوافر في النظام الجمهوري بسهولة، إما عن طريق المحكمة الدستورية العليا، أو عن طريق الرقابة السياسية أو غيرهما.

ولكن مجال هذه الضمانات قليل في النظام الملكي، بسبب أن هذه الضمانات قد تتعارض مع صلاحيات الملك وصيانته الوراثية التي يتمتع بها. وعلى سبيل المثال نصّت المادة (٨١)[4] من القانون الأساسي العراقي على إنشاء محكمة عليا يشمل

---

[1] وقد نصت بعض الدساتير على انتخاب رئيس الجمهورية بواسطة الشعب، سواء تم هذا الانتخاب على درجة أو درجتين (أي انتخاب مباشر أو غير مباشر)، كما في الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٩ والجزائري لعام ١٩٧٦ والموريتاني لعام ١٩٦١. المرجع السابق

[2] اتجهت بعض الدساتير إلى جعل انتخاب رئيس الجمهورية بيد البرلمان والشعب معاً، وذلك تجنباً لما تعرض له من الانتقادات، كل من أسلوب الشعب منفرداً أو أسلوب البرلمان منفرداً، ومن هذه الدساتير دستور جمهورية مصر العربية لعام ١٩٧١ المعدل ودستور الجمهورية السورية ١٩٧٢.

المرجع السابق/ ص٢٥٠. الدكتور الطماوي، المرجع السابق، ص٢٥٩ وما يليها. الدكتور محمد عصفور: المبادئ الأساسية في القانون الدستوري، ص١٣٥.

[3] ينظر الدكتور منذر الشاوي: نظرية السيادة، ص٩٧.

الدكتور ابراهيم عبدالعزيز: مبادئ الأنظمة السياسية للدول، الحكومات، ص١٤٠-١٤١.

[4] عدلت هذه المادة بالمادة (٣٥) من قانون التعديل الثاني رقم (٦٩) لسنة ١٩٤٣.

اختصاصها مراقبة دستورية للقوانين، ولكن بمقتضى هذه المادة والمادة (٨٣) لا تجتمع هذه المحكمة إلاَّ بإرادة ملكية تصدر بموافقة مجلس الوزراء، ومعنى هذا أن إعمال هذه النصوص الدستورية هو أيضاً رهن إرادة الملك.

عاشراً- في النظام الجمهوري، تتناوب كافة الشرائح في تسلم منصب الرئاسة في ضوء المؤهلات والخبرات، بغضّ النظر عن عرق المنتخب ودينه واتجاهه الطائفي أو المذهبي أو الحزبي، وبذلك تُساهم كل شريحة في تطوير بلده، ولا يوجد هناك شعور بالتفاوت المبني على أساس عرقي أو ديني أو مذهبي أو حزبي، وبذلك تسود في البلد ظاهرة الديمقراطية وتتوافر السعادة لجميع أبناء الشعب.

بينما النظام الملكي يبقى محصوراً على الشريحة التي ينتمي إليها الملك.

لكن إن هذه المزايا لم تتحقق لحد الآن في أكثرية الدول العربية التي تبنّت النظام الجمهوري شكلاً لا حقيقةً، حيث لا نجد في الوقت الحاضر فرقاً جوهرياً بين النظام الملكي والنظام الجمهوري من حيث الثبات والاستمرار وتتبع حيل دستورية لإبقاء الرئاسة في نفس الشخص أو في أحد من أسرته.

الخاتمة

يتبين من استعراض أهم سلبيات وعيــوب النظــام الملكــي ومزايــا وإيجابيــات النظــام الجمهوري، أن مرجحات ومبررات ترجيح الجمهوري على الملكية واضحة، بحيث إذا كانت كــل نقطة من النقط المـذكورة في الحقلـين الملكـي والجمهـوري قابلـة للنقـد والاعـتراض، فإنهـا بمجموعها تشكل حجة مقنعة على أولوية وأفضلية النظام الجمهوري.

ويرى انصـار النظام الملكي أن في هذا النظام استبعاداً للنزعـات الحزبيـة والاضـطرابات السياسية، وأن الملك يكون حَكماً دائمـاً في حـل المشـاكل الخلافيـة الداخليـة، وأن الـوارثين للعرش يُربون تربية خاصة تؤهلهم لتولي مهام الحكـم، وغـير ذلـك مـن المـبررات النظريـة المحضة.

وتُرد هذه الرؤيا لأنصار النظام الملكي بأنها من نسيج الخيال، ولا يؤيدها الواقع العملـي للأنظمة الملكية في الماضي والحاضر.[1]

رَبِّ زدني علماً والحقني بالصالحين

---

[1] ينظر الدكتور عثمان خليل: المرجع السابق، ص٣٤٩-٣٥٢

الدكتور محسن خليل: المرجع السابق/ ص١٢١-١٢٢.

الدكتور محمد كامل ليلة: النظم السياسة، ط١٩٦٧، ص٢٠٣ وما يليها.

الدكتور سليمان الطماوي: مبادئ القانون الدستوري، ص١٩٦ وما يليها.

الدكتور عبدالغني بسيوني عبدالله: النظم السياسية- أسس التنظيم السياسي، ص١٨٨ وما يليها.

الدفاع الشرعي الخاص
في الشريعة والقانون

الدفاع الشرعي الخاص[1]

ينقسم الدفاع الشرعي إلى الخاص والعام:

١ـ الدفاع الشرعي الخاص هو ان يكون الحق المعتدى عليه حقا خاصــا كالاعتــداء علـى نفس الشخص أو عرضه أو مـاله سواء كان ذلك بالنسبة للمدافع أو غيره فعلـى الانســان ان يدافع عن نفس الغير وماله وعرضه كما يدافع عن نفسه وعرضه وماله.

٢ـ الدفاع الشرعي العام هو ان تكون المصـلحة المعتـدى عليهـا عامـة وهـذا الـدفاع الشرعي بالنسبة لدفع الخطر الداخلي يسمى الحسبة والامر بالمعروف والنهي عن المنكر. كما قال القران ﴿وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾[2]. واما بالنسبة لدفع الخطر الخارجي فيسـمى جهـادا في سـبيل الله أي في سـبيل المصلحة العامة. ومن الايات القرآنية الآمرة بالجهاد (الدفاع الشـرعي العـام) قولـه تعـالى ﴿وَجَاهَدُوا بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنفُسِهِمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾[3] أي في سبيل المصلحة العامة الضرورية وهي مصلحة حماية الدين، وحماية الحياة، وحماية العرض، وحماية المال.

وبمقتضى الايات القرانية الامرة بالدفاع الشرعي العام يجب على كافـة المسـلمين بوجـه اعم والدول العربية بوجه عام والعراقيين بوجه خاص الوقوف بالدعم المـادي والمعنـوي ضـد خطر الارهاب على الشعب العراقي في الوقت الحاضـر، وقـد اقـر القـران الكـريم في ايـات متعددة حق حرية الدفاع الشرعي بقسميه العام والخاص بل اعتبر هذا الدفاع واجبا والتـزام

---

[1] مستل من مؤلفنا: أسباب إباحة الأعمال الجرمية في الشريعة والقانون، لأهميته في الحياة العملية بوجه خاص بالنسبة للقضاة ومن يمارس مهنة المحاماة.

[2] سورة آل عمران/١٠٤.

[3] سورة التوبة/٤١.

على من يتمكن من القيام به فقال سبحانه وتعالى (فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ).[١]

وقد استعمل القران الكريم الدفاع الشرعي ومشتقاته في ايات كثيرة منها: قوله تعالى: (ادْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ السَّيِّئَةَ نَحْنُ أَعْلَمُ بِمَا يَصِفُونَ)[٢] اي ادفع بالخصلة الحسنة من الصفح والأعراض عنهم السيئة أي اذاهم اياك، وقوله تعالى: (ادْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فَإِذَا الَّذِي بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ عَدَاوَةٌ كَأَنَّهُ وَلِيٌّ حَمِيمٌ)[٣]، وقوله تعالى: (إِنَّ اللَّهَ يُدَافِعُ عَنِ الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّ اللَّهَ لاَ يُحِبُّ كُلَّ خَوَّانٍ كَفُورٍ)[٤]، قوله تعالى: (وَلَوْلاَ دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَفَسَدَتْ الأَرْضُ وَلَكِنَّ اللَّهَ ذُو فَضْلٍ عَلَى الْعَالَمِينَ)[٥] أي لولا ان الله يدفع الناس وهم اهل الشر والمعاصي ببعض الناس وهم من اهل الخير والطاعة والإيمان لفسدت الأرض، و(لولا) حرف امتناع لوجود فالمعنى امتنع فساد الارض لوجود دفع الناس بعضهم ببعض.

وقوله تعالى: (الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ بِغَيْرِ حَقٍّ إِلاَّ أَنْ يَقُولُوا رَبُّنَا اللَّهُ وَلَوْلاَ دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَهُدِّمَتْ صَوَامِعُ[٦] وَبِيَعٌ[٧] وَصَلَوَاتٌ[٨] وَمَسَاجِدُ[٩] يُذْكَرُ فِيهَا اسْمُ اللَّهِ كَثِيرًا وَلَيَنْصُرَنَّ اللَّهُ مَنْ يَنْصُرُهُ إِنَّ اللَّهَ لَقَوِيٌّ عَزِيزٌ)[١٠]، الفرق بين الدفع والرفع ان الدفع رد الشيء قبل وقوعه والرفع هو ازالة الشيء بعد وقوعه.

ولفظ (الشرعي) من قبيل نسبة الشيء إلى مصدر حكمه لأن شرع الله هو الذي اعطى حكم الوجوب أو الاباحة لاستعمال القوة المناسبة بغية عدم وقوع الشر المتوقع.

---

[١] سورة البقرة/١٩٤.

[٢] سورة المؤمنون ـ الاية:٩٦.

[٣] سورة فصلت ـ الاية:٣٤.

[٤] سورة الحج ـ الاية:٣٨.

[٥] سورة البقرة ـ الاية:٢٥١

[٦] جمع صومعة وهي المحل المرتفع البناء في الاماكن الخالية ومكان العبادة للرهبان وقيل للصابئين.

[٧] كنائس للنصارى.

[٨] كنائس لليهود سميت بذلك لانه يصلى فيها.

[٩] للمسلمين.

[١٠] سورة الحج ـ الاية: ٤٠.

والدفاع الشرعي باعتباره التركيبي هو الوقوف ضد خطر حال مشروع بوسيلة مناسبة في حالة عدم وجود من يستغيث به المعرض للخطر من سلطة عامة أو غيرها لان الدفاع في هذه الحالة غريزة طبيعية لكل كائن حي سواء كان انسانا أو حيوانا.

وقد ظل حق الدفاع حقا خاصا يمارسه الفرد بنفسه أو بتعاون مع غيره من ابناء عشيرته أو قبيلته إلى نشوء الدولة ثم احتكرت الدولة حق الدفاع عن الخاضعين لسلطانها لنفسها باعتباره مظهراً من مظاهر سيادة الدولة، فاصبح الدفاع عن كل حق يحميه القانون من واجبات الدولة كأصل وقاعدة ولكن للفرد ممارسة هذا الحق استثناء من هذه القاعدة في حالات غياب السلطة وعدم امكان اللجوء اليها وقت التعرض للخطر.

وللدفاع الشرعي الخاص عناصر (أركان وشروط) يجب توافرها حتى يعتد به بصفته سببا من أسباب الاباحة، كما له مصادر لمشروعيته وذو طبيعة خاصة في حكمه وتطوره واسسه واثاره لذا توزع دراسته على ثلاثة مباحث يخصص الأول لعناصره، والثاني لمصادره وتكييفه وتطوره والثالث لأسسه وآثاره.

المبحث الأول
عناصر الدفاع الشرعي

الدفاع الشرعي عبارة عن الوقوف بوسيلة مناسبة ضد خطر حال يهدد حقا من الحقوق التي يحميها الشرع (أو القانون).

ويعد سببا من اسباب اباحة الاعمال الجرمية إذا توافرت عناصره وعناصر كل شيء هي ما يتوقف عليها هذا الشيء. فاذا كانت من اجزائه تسمى اركانا والا فتسمى شروطا. وشرط الشيء موجود قبل وجوده ، وركنه موجود حين وجوده.

اركان الدفاع الشرعي:

يؤخذ من تعريف الدفاع الشرعي ان اركانه الرئيسة ثلاثة وهي:

الخطر، وحق يتعرض للخطر، ورد مناسب للخطر. ولكل ركن من هذه الاركان شروط شرعية وقانونية يجب توافرها حتى يعد من اسباب الاباحة.

شروط الركن الأول (الخطر):

يشترط فيه شروط أهمها ما يأتي:

الشرط الأول: ان يكون مصدر الخطر عملا غير مشروع في حد ذاته والعبرة في عدم مشروعيته بوصف الفعل لا بمسؤولية الفاعل أي ان الخطر غير المشروع يبرر الدفاع بغض النظر عن أهلية مصدر الخطر وصنفه ونوعه وجنسه وأهليته الجنائية، وقد اجمع فقهاء الشريعة والقانون على جواز الدفاع ضد الخطر غير المشروع سواء أكان مصدره انسانا ام حيوانا وسواء كان الانسان ذكرا أو انثى صغيرا أو كبيرا مسلما أو غير مسلم قريبا أو بعيدا بالغا عاقلا أو عديم الاهلية (كالصغير غير المميز والمجنون ومن في حكمهما).

غير ان فقهاء الشريعة الاسلامية اختلفوا في مساءلة المدافع مدنيا في حالة عدم أهلية مصدر الخطر.

فقال جمهورهم: المدافع لا يسأل لا جنائيا ولا مدنيا فلا يعاقب ولا يطالب بالتعويض والدية لان العبرة بوجود خطر غير مشروع يهدد حقا مشروعا محميا (معصوما).

وقال أبو حنيفة (رحمه الله) وأصحابه: بالضمان المدني إذا كان مصدر الخطر مجنونا أو صبيا غير مميز أو من في حكمهما أو حيوانا إذا كان دفع الخطر بقتل مصدره لان فعل من لا يكون اهلا للمسؤولية الجنائية لا يوصف بانه جريمة لعدم توافر الارادة المعتبرة في تحقق الجريمة وبناء على ذلك تجب الدية على المدافع إذا قتل للمعتدي المجنون أو الصبي غير المميز وتجب قيمة الحيوان المعتدي لصاحبه إذا قتله دفاعا عن النفس.

وفرق أبو يوسف (رحمه الله) بين الحيوان والانسان عديم الاهلية فقال بضمان قيمة الحيوان إذا قتله المدافع دون ضمان عديم الاهلية[1]

والذي ارجحه هو رأي جمهور فقهاء الشريعة لان الاعتداء في حد ذاته جريمة بغض النظر عن مصدره ولا يفقد الصفة الجرمية بعدم أهلية المعتدي.

الشرط الثاني: أن يكون الخطر حالا: ويعتبر حالا في احدى الحالتين التاليتين:

احداهما: ان يوشك ان يقع ولم يقع بعد ولكن يكون وقوعه متوقعا في الظن الغالب للمدافع بأن كان هناك دلائل معقولة وقرائن موضوعية تدل على ان المعتدي سينفذ عدوانه وغلب على ظنه انه إذا لم يتدارك هذا الخطر وقع عليه.

الحالة الثانية: هي ان يقع بالفعل وظل مستمرا ولم ينتهِ بعد وفي هذه الحالة يكون للدفاع دور وقائي لايقاف استمرار الخطر كأن يرميه المعتدي (الصائل) بطلقة نارية ولم تصبه فيحاول رميه بطلقة ثانية أو يدخل السارق وهو ينوي الاعتداء على حياته أو ماله أو عرضه ففي هذه الحالة لصاحب الدار أو من هو حاضر فيها ان يلجأ إلى دفع الخطر بوسيلة يتوقف عليها الدفع[2].

---

[1] ينظر: تكملة البحر الرائق: ٣٤٨/٨. ورد المحتار لابن عابدين (محمد امين) ٤٨٢/٥.

[2] ينظر في المراجع الفقهية: القرافي/ المرجع السابق:١٨٤/١؛ ٢٣٧/٤، الأنوار للعلامة يوسف الأردبيلي الشافعي: ٣٤٣/٢.

الشرط الثالث: ان تكون ارادة المعتدي (الصائل) جدية للعدوان مع امكان وقوع الخطر على الظن الغالب للمدافع بناء على اسباب معقولة وليس له الدفاع إذا وجد المقابل هازلا مازحا أو كان جديا ولكن لايمكن وقوعه لوجود ما يحول دونه بان يقصده من وراء حائط أو حائل أو نهر، أو حصن، أو نحو ذلك.

الشرط الرابع: ان يكون الخطر حقيقيا: بان كان قائما في الواقع ونفس الأمر في ذهن المدافع على الأقل بان يغلب ظنه على انه امام خطر جدي وشيك الوقوع سواء كان ظنه مطابقا للواقع أولا على ان يكون هنالك اسباب معقولة تعزز هذا الظن الغالب البيّن خطؤه وهو يرفع المسؤولية الجزائية دون المدنية استنادا إلى قوله تعالى (وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ)[1] وقال الرسول ﷺ: (رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)[2] أي رفعت المؤاخذة والمساءلة الجزائية في حالات ارتكاب الجرائم تحت تأثير الخطأ أو النسيان أو الإكراه.

معيار الخطر الحقيقي:

من الواضح ان المعيار في الأصل شخصي (ذاتي) اضافة إلى المعايير المادية (الموضوعية) كالقرائن ووجه كونه شخصيا هو ان المدافع يغلب على ظنه ان هنالك خطرا يمس مصلحة مشروعة يحميها الشرع (أو القانون) فلا يكفي الوهم الذي هو الطرف المرجوح للظن الذي هو الطرف الراجح ومن باب أولى انه لا يكفي الشك الذي هو التردد بين الوجود والعدم على حد سواء دون ترجيح كفة احدهما على الآخر.

لذلك لا يشترط اليقين الذي هو الاعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع لانه قمة الادراك فاشتراطه قد يضحي بحق الدفاع الشرعي لكن يجب على القاضي ان يأخذ بنظر الاعتبار سن المدافع وجنسه ودرجة ادراكه وقوة اعصابه كما عليه ان لا يهمل اعتبار الظروف الموضوعية للواقع ليلا أو نهارا داخل المدينة أو خارجها.

---

(1) (ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُوراً رَّحِيماً) الاحزاب:٥

(2) سنن ابن ماجه ، ج١،ص ٦٥٩ ، رقم ٢٠٤٣ ، و سنن البيهقي الكبرى ، ج٦ ، ص٨٤ ، رقم ١١٢٣٦ ، موارد الظمآن ، ج١ ، ص٢٦٠ ، رقم ١٤٩٧

الشرط الخامس: عدم مشروعية الخطر: يشترط في الخطر الذي يبرر الدفاع ان لا يكون هذا الخطر مشروعا وبناء على ذلك لا يحق لمن صدر عليه الحكم بعقوبة ان يقف ضد تنفيذها بحجة تعرضه لخطر الاعدام أو سلب حريته أو نحو ذلك لان تنفيذ الحكم مشروع يجب الخضوع له.

وكذلك ليس للجندي الذي يؤمر بان يتقدم للخط الامامي في المعركة للوقوف ضد اعتداء المعتدي الامتناع وعصيان الامر لان هذا التقدم واجب عليه فلا يحق له ان يحتج بان يتعرض لخطر القتل أو الاسر أو نحو ذلك وليس للشرطي المأمور باقتحام مكان اختفى فيه الهارب من العدالة ان يمتنع عن هذا الاقتحام بحجة تعرضه للخطر لان هذا العمل واجب عليه بحكم وظيفته.

الشرط السادس: أن لا يزول الخطر[1] قبل البدء بالدفاع.

ويعتبر الخطر زائلا في احدى الحالات الآتية:

أ ـ مقاومته من المدافع بفعل مشروع إذا قام بعمل مشروع ادى إلى شلل الاعتداء فليس له ان يستمر بل عليه ان يكتفي بهذا القدر لان الخطر قد زال.

ب ـ تراجع المعتدي بعد تصميمه على ارتكاب العدوان وذلك بدافع ارادي كما في جريمة الشروع إذا كفّ نفسه عن العمل بارادته واختياره.

ت ـ هرب المعتدي قبل تنفيذ جريمته فلا يجوز للمدافع ان يتبعه بدافع الدفاع ولا باس إذا كان لغرض القاء القبض عليه وتسليمه إلى السلطة العامة.

ث ـ عجز المعتدي عن تنفيذ اعتدائه لاسباب خارجة عن ارادته.

ج ـ تمكن المعتدى عليه من الهروب لاجل الخلاص من شر المعتدي بدلا من اللجوء إلى استخدام وسيلة الدفاع.

وجدير بالذكر ان المدافع في حالة الدفاع الشرعي لا يكلف لا شرعا ولا قانونا بالهروب لانه مشين يدل على الجبن لكن إذا كان للمعتدي ذا صلة قريبة به كان يكون أبا أو أما أو أخا أو أختا أو أحد الزوجين يفضل الهروب على الدفاع لانه في هذه الحالة عمل محبذ لاستبعاد المضاعفات السلبية والندم في وقت لا يفيد الندم.

---

[1] لا يجوز الدفاع إذا كان خطر الاعتداء قد انقضى فاذا نفذ الجريمة وانهزم لا يجوز متابعته الا لالقاء القبض عليه وتسليمه إلى السلطة العامة وكذا السارق مثلا إذا القى المسروقات وعمد إلى الفرار فلا محل للدفاع خوفا من وقوعه فلا مبرر للاباحة. ينظر القللي المرجع السابق ص٣٢٠.

الشرط السابع: ان لايكون الاعتداء ناشئا عن تقصير المعتدى عليه:
كاستفزازه للمعتدي أو بدئه للعدوان أو أي سبب آخر يصدر من المعتدى عليه ويدفع المعتدي إلى اعتدائه.
وبناء على ذلك لا تعتبر مقاومة الزوجة الزانية وشريكها ضد الزوج الناوي قتلهما أو قتل أحدهما[1] دفاعا شرعيا.
الشرط الثامن: ان يكون الاعتداء جريمة:
وهذا الشرط مختلف فيه ومن الواضح ان اعتداء الحيوان على الانسان لا يوصف بانه جريمة بخلاف اعتداء المجنون ومن في حكمه.
والمنطق القانوني يقتضي عدم الأخذ بهذا الشرط لان الحكمة من الدفاع الشرعي دفع خطر يهدد مصلحة أو (حقا) يحميه القانون وهذا الحكمة متوفرة في حالة كون المعتدي حيوانا.

شروط الركن الثاني: (الحق محل الاعتداء) ويشترط فيه:

ان يكون من الحقوق المحمية شرعا وقانونا كالدين والحياة والعرض والمال ونحو ذلك مما يقره القانون ويحميه.
وبناء على ذلك ليس للصيدلاني مقاومة اتلاف ادويته إذا كانت فاسدة أو أصبحت غير صالحة للاستعمال وليس للتاجر الدفاع عن اتلاف أو مصادرة للمواد الغذائية غير الصالحة.
ولا للمحتكر ان يدافع عن امواله المحتكرة إذا عرضتها السلطة العامة للبيع بسعر السوق وليس للمهرب ان يدافع عن الاموال المهربة بطريقة غير مشروعة إذا ارادت السلطة العامة مصادرتها وغير ذلك من الحقوق التي لا يقرها الشرع أو القانون وبالتالي لا يحميها.

شروط الركن الثالث: (دفع الاعتداء):

لا يشترط في هذا الركن ان يكون المدافع صاحب المصلحة المحمية في الشرع أو القانون والمعرضة لخطر الاعتداء بل الدفاع مباح وقد يكون واجبا عن مصلحته ومصلحة غيره رغم

---
[1] المرجع السابق ص٣١٩.

عدم وجود أية علاقة مع هذا الغير بقرابة أو زواج أو زمالة أو صداقة أو نحو ذلك فعلى كـل انسان متمكن ان يدافع عن حق الغير إذا تعرض للخطر.

ولا يعتد برضاء المعتدى عليه بالاعتداء إذا كان هذا الرضا مخالفا للنظام العـام والآداب فاذا مكنت امرأة متزوجة أو غير متزوجة نفسها لشخص يماشرها جنسيا فعلـى كـل مـن يعلم ذلك ان يقوم بعمل الدفاع ضد وقوع تلك الفاحشة لانهـا اعتـداء على قـيم واخـلاق المجتمع.

وكذلك لا يعتد برضاء المريض إذا اعطى الاذن للطبيب بـأن ينهـي حياتـه تخلصـا مـن مرضه وآلامه التي لا يرجى شفاؤه لان هذا الاذن بمثابة الانتحار وهو محـرم باتفـاق الشـرائع والقوانين ومن اهم شروط دفع الاعتداء ما يأتي:

١ـ ان يكون استعمال القوة لدفع الاعتداء ضروريا ولازما وجدير بالذكر انه لا يوجد معيار موضوعي للتمييز بين ما هو لازم وغير لازم بل هذا الموضوع متروك للسـلطة التقديرية لمحكمة الموضوع إذا حصل فيه الخلاف وبالتـالي لا يخضـع لرقابـة سـلطة قضائية عليا.

ومعيار القوة اللازمة شخصي لذا تختلف باختلاف حجم الاعتـداء وشـخص المعتـدي والمعتدى عليه من كونه ذكرا أو انثى صغيرا أو كبيرا اضافة إلى ذلك فان حجـم هـذه القوة يتأثر بتأثير ظروف الاعتداء فظرف الليل يختلف عـن النهـار وظـرف العمـران يختلف عن خارجه وهكذا..والمهم ان يكون تقدير المدافع مبنيا على أسـباب معقولـة مقبولة.

٢ـ ان تكون القوة المستعملة في الدفاع هي الوسيلة الوحيدة لبلوغ غاية دفـع الخطـر وبناء على ذلك ليس لحق الدفاع الشرعي وجود متى كـان مـن الممكـن الركـون في الوقت المناسب إلى الاحتماء برجال السلطة العامة بأن يكون لدى للدافع وقـت كـاف للاستعانة بها.

وكما ذكرنا في بعض الحالات من المفضل اللجوء إلى الهرب بدلا من اسـتخدام القـوة وبوجه خاص إذا كان المهاجم حيوانـا أو انســانا عـديم التمييـز كـالمجنون أو أحـد الأقارب أو أحد الزوجين.

٣ـ ان تكون الوسيلة المستعملة في الدفاع الشـرعي منـاسـبة لخطـورة الاعتـداء وفي الفقه الشافعي لا يشترط تماثل الوسيلة إذا توقف الدفع على وسيلة دفاعيـة وحيـدة

مشاحة تكون اخطر من وسيلة الاعتداء. فقالوا: لو كان الصائل يندفع بالسوط أو العصا والموصول عليه لا يجد الا السيف فالصحيح ان له الضرب به لانه لا يمكنه الدفع الا به"(١).

وفي الفقه الامامية: للإنسان ان يدفع عن نفسه وحريمه وماله ما استطاع ويجب اعتماد الأسهل، والتجاوز يتحقق إذا استعمل القدر الجسيم من القوة مع كفاية القدر اليسير لمقاومة الاعتداء. ولكن لا يلزم المدافع بهذا القدر اليسير الا إذا استطاع به مقاومة الاعتداء.(٢) وهذا الكلام في معناه لا يختلف مع الشافعية.

وفي الفقه الزيدي: يجب في المرافقة تقديم الأخف فالاخف فإن عدل إلى الأشد وهو يندفع بالأخف ضمن(٣).

وقد نص القران الكريم على المماثلة بين خطر الاعتداء وخطر دفع هذا الاعتداء. فقال سبحانه وتعالى: (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم)، واكد التقيد بهذه المثلية بقوله: (واتقوا الله) أي عليكم خوف عقاب الله في حالة التجاوز عن الحدود المطلوبة لدفع الخطر ثم جاء بتأكيد ثان في نفس الاية بقوله (أن الله مع المتقين) أي الذين يخافون من الله ولا يتجاوزون حدوده ونصت م٤٥ من قانون العقوبات العراقي القائم على انه لا يبيح حق الدفاع الشرعي احداث ضرر اشد مما يستلزمه هذا الدفاع.

تجاوز حدود الدفاع الشرعي:

كما ذكرنا انفا ان التناسب بين الاعتداء والدفاع شرط اساس لمشروعية الدفاع الشرعي ويكون الرد غير متناسب إذا زاد عن القدر اللازم لدفع الاعتداء.(٤)

---

(١) مغني المحتاج للخطيب الشربيني:٤/١٩٦.

(٢) شرائع الإسلام للحلي:٤/١٨٩.

(٣) البحر الزخار للامام احمد بن يحي:٥/٢٦٩.

(٤) من القرارات التمييزية لمحكمة التمييز القرار رقم ٣١١ جنايات ٩٧١ في ٢/٣/١٩٧١ (ان قرار تجريم المتهم وفق م٤٠٦ من قانون العقوبات صوابق للقانون لذا قرر تصديقه. وما ان الواضح من جريان التحقيقين والمحاكمة ان الحادث واقع عن تجاوز الدفاع لذا كان على المحكمة الكبرى ان تراعي هذه الجهة وتصدر قرارها بالعقوبة جدلالة م٤٦ من نفس القانون نقلا عن المحامي محسن ناجي الاحكام العامة ص٢٦١ .

التجاوز في حدود الدفاع الشرعي يفترض توفر كل شروط الدفاع ما عدا شرط فقدان التناسب إثر تجاوز حدود الدفاع الشرعي من حيث المسؤولية الجزائية ولتحديد مسؤولية التجاوز يجب التمييز بين الحالات الثلاث الاتية:

١ـ تجاوز حدود الدفاع الشرعي عمدا بأن يقصد استعمال قوة تزيد على الحد اللازم لدرء خطر الاعتداء مع استطاعة دفعه بأقل كأن يكون بامكانه الدفع بغير القتل الذي لرتكبه المدافع ومن الواضح ان الجريمة في هذه الحالة تكون عمدية.

٢ـ التجاوز اهمالا: ويعتبر اهمالا إذا لم يستطع المدافع تحديد جسامة الخطر الذي يهدده اهمالا منه فاستعمل قوة تزيد على ما يقتضي دفعه كما لو كان الاعتداء واقعا بعصا أو الة اخرى غير جارحة جراحا بالغة ورغم ذلك لم يهدد جسامة خطر الاعتداء فاستعمل الوسيلة المميتة، ويعتبر المدافع في هذه الحالة مرتكبا جريمة غير عمدية.

٣ـ تجاوز حدود الدفاع الشرعي خطأ كأن اعتقد انه في حالة الدفاع الشرعي وهو خاطئ في هذا الاعتقاد، وكما لو ظن ان هنالك خطرا يهدده بالقتل فسارع إلى قتل مصدر هذا الخطر المظنون ظنا خاطئا غير مبني على اسباب معقولة..

وجدير بالذكر ان الظن الخاطئ يعتد به إذا كان مبنيا على اسباب معقولة .

اثر تجاوز حدود الدفاع الشرعي من حيث العقوبة:

المدافع يسأل مسؤولية جزائية عن جريمة عمدية في الحالة الاولى وعن جريمة غير عمدية في الحالتين الثانية والثالثة المذكورتين غير ان القانون في الحالات الثلاث اعطى لقاضي الموضوع سلطة تقديرية فاجاز له الحكم بالعقوبة المقررة إذا كان التجاوز كبيرا كما اجاز له تخفيف العقوبة بأن يعاقب بعقوبة جنحة إذا كان الفعل جناية، وبعقوبة مخالفة إذا كان جنحة[١] وعذر التخفيف عذر قانوني اقرته (م٤٥) وخولت المحكمة ان تستبدل عقوبة اخف بالعقوبة المقررة.

---

(١) الجناية جريمة معاقب عليها باحدى العقوبات الثلاث التالية:الاعدام، والسجن المؤبد، والسجن اكثر من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة(م٢٥) الجنحة:جريمة معاقب عليها باحدى العقوبتين التاليتين: الحبس الشديد والبسيط اكثر من ثلاث سنوات إلى خمس سنوات (م٢٦). المخالفة جريمة معاقب عليها باحدى العقوبتين التاليتين: الحبس البسيط (٢٤) ساعة إلى ثلاثة اشهر وبغرامة لا يزيد مقدارها عن ثلاثين دينارا (م٢٧).

والتخفيف ليس امرا ملزما للمحكمة[1] كما انه ظرف قضائي وفق (م١٣٤) عقوبات لان التجاوز في ظرف حالة الدفاع، وظرف الدفاع، ذو طبيعة ازدواجية فهو عذر قانوني مخفف كما نصت عليه (م٤٥)، وظرف قضائي مخفف لان تخفيف العقوبة بالحدود التي حددها نص (م٤٥) أمر جوازي للمحكمة ان تحكم به أو لا تحكم به مراعية في ذلك ظروف كل حالة بمفردها.

الرقابة القضائية على توافر حالة الدفاع الشرعي وتجاوز حدوده:

لا تملك محكمة التمييز الرقابة على استخلاص الوقائع والظروف التي يستنتج منها وجود حالة الدفاع الشرعي لانه امر يتعلق بالوقائع ويدخل في سلطة قاضي الموضوع التقديرية، ولا على ما يستنتجه قاضي الموضوع من الظروف والوقائع فيما يعده تجاوز الحدود الدفاع الشرعي فعلى محكمة الموضوع ان تبين في حكمها الظروف والوقائع التي استنتج منها وجود الدفاع الشرعي وتجاوز المدافع عن حدوده ليتسنى لمحكمة التمييز ان تراقب إذا كانت تلك الاركان والشروط متوافرة اولا[2].

---

[1] كما هو الشأن في الظروف القضائية المخففة المنصوص عليها في (م١٣٢) عقوبات.

[2] الاستاذ محسن ناجي المرجع السابق، ص٢٦٤.

المبحث الثاني

مصادر الدفاع الشرعي، تكييفه، تطوره

أولاً- مصادر الدفاع الشرعي:

في الشريعة الإسلامية مصادر مشروعية الدفاع الشرعي: القران، والسنة النبوية، والإجماع، والعقل السليم:

١. القران الكريم:

وردت فيه ايات كثيرة تدل دلالة واضحة صريحة على مشروعية الدفاع الشرعي وبالتالي على كونه من أسباب الإباحة ومن تلك الايات قوله تعالى: (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم واتقوا الله ان الله مع المتقين)[1].

قوله تعالى: (فاعتدوا) أمر وكل أمر للوجوب ما لم يقم دليل على خلاف ذلك والمراد بالاعتداء هنا الدفاع الشرعي سمى به رعاية للجناس من الناحية البلاغية لأن عمل الصائل يسمى اعتداء ورده سمي به ايضا للرعاية المذكورة نظير قوله تعالى: (جزاء سيئة سيئة مثلها)[2] وقوله تعالى: (واتقوا الله) أمر بالتقيد بالمثلية وعدم تجاوز حدود الدفاع الشرعي أي خافوا من الله ومن عقابه على كل تجاوز عن القدر اللازم لرد الاعتداء واكد مرة اخرى ذلك بقوله: (ان الله مع المتقين) أي مع الذين يتقون ويخافون من ربهم ويلتزمون بالقدر الضروري اللازم لدفع الاعتداء.

---

[1] سورة البقرة - الاية:١٩٤.

[2] سورة الشورى - الاية:٤٠.

٢- السنة النبوية:

أكد الرسول صلى الله عليه وسلم ما جاء في القران الكريم فيما يتعلق برد العدوان والتقيد بحدوده في احاديث كثيرة منها:

قوله: (من قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون دينه فهو شهيد، ومن قتل دون دمه فهو شهيد، ومن قتل دون اهله فهو شهيد)[١].

وقوله: (من قتل دون مظلمة فهو شهيد)[٢]، وقوله (من شهر سيفه ثم وضعه فدمه هدر)[٣] أي وضعه في موضع يريد به القتل وضرب الناس بغير حق.

وقوله: (انصر أخاك ظالما أو مظلوما قالوا: يا رسول الله هذا ننصره مظلوما فكيف ننصره ظالماً؟ قال تأخذ فوق يده)[٤] أي تمنعه من الظلم وقد جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: (يا رسول الله أرأيت[٥] ان جاء رجل يريد اخذ مالي، قال: فلا تعطه مالك، قال: أرأيت ان قاتلني؟، قال: اقتله، قال: أرأيت أن قتلني؟ قال: فأنت شهيد قال أرايت أن قتلته؟ قال هو في النار)[٦]

٣- الإجماع:

أجمع فقهاء الشريعة على مشروعية الدفاع الشرعي استنادا إلى القران الكريم والسنة النبوية والإجماع في هذه الحالة ليس مصدرا وانما هو تأكيد لما في القران والسنة النبوية فلا ينطبق عليه تعريف علماء اصول الفقه للإجماع[٧].

---

[١] رواه الترمذي عن سعيد بن زيد وقال حديث حسن صحيح، ينظر جامع الترمذي: ٦٨١/٤ رقم الحديث (١٤٤٠) ، وينظر سنن ابي داود بشرح عون المعبود: ١٢١/٣.

[٢] سنن النسائي :١١٧/٧ رقم الحديث(٤٠٩١).

[٣] مسلم بشرح النووي: ١٦٣/٣.

[٤] رواه البخاري بشرح فتح الباري:١٨٥/١٢ ورواه مسلم بشرح النووي١٥٩/١١ -١٦٠ رقم الحديث (٤٠٩٧).

[٥] أي اخبرني عن حكمه.

[٦] سنن النسائي بشرح السيوطي:١١٧/٧.

[٧] حيث عرفوه بانه اتفاق مجتهدي امة محمد صلى الله عليه وسلم في عصر من العصور بعد وفاته على حكم شرعي اجتهادي. ومن الواضح ان حكم الدفاع الشرعي ليس اجتهاديا لانه منصوص عليه ولا اجتهاد في مورد النص.

٤- العقل السليم:

فالعقل السليم يقضي بصحة كل ما ورد في القران والسنة النبوية ثم أن من مقتضى العقل السليم ان لا يترك المعتدى عليه تحت رحمة للمعتدي بدون دفاع إلى ان يستعين بالسلطة العامة أو يتحمل اذى الاعتداء.

وبناء على ذلك اعتبار الدفاع الشرعي حقا أو واجبا وسببا من اسباب الاباحة عمل مقبول ومعقول بمقتضى العقل السليم.

مصادره في القانون تنحصر في قوانين العقوبات والتشريعات الجزائية .

ثانيا: تكييف الدفاع الشرعي:

تكييف كل مصطلح هو تحديد صفته الشرعية أو القانونية من حيث الطبيعة والمراد بالتكييف هنا حكمه الشرعي أو القانوني بالنسبة للمدافع. وقد اختلف فيه الفقهاء[1]:

أ ـ فمنهم من قال انه واجب مطلقا.

ب ـ ومنهم من يرى انه حق مطلقا.

ت ـ ومنهم من ذهب إلى التفصيل فقال: الدفاع عن العرض واجب وعن غيره حق فمن حاول الاعتداء على العرض فعلى كل متمكن دفع انجاز هذه المحاولة سواء كان المعرض لخطر الاعتداء عرضه أو عرض غيره.

ث ـ واكثر الفقهاء قالوا: الدفاع عن للمال حق وعن غيره واجب والراجح انه واجب مطلقا بالنسبة لغير المال اما بالنسبة اليه فاذا كان المال مهما في ذاته أو بالنسبة لصاحبه فهو ايضا له حكم غيره من الوجوب والا فليس بواجب لا على صاحبه ولا على غيره لان المال يعوض بخلاف غيره.

ج ـ وكان الاتجاه المسيحي المتأثر به بعض القوانين ذاهبا إلى تكييفه بأنه عذر لا يجرد الفعل الجرمي المستعمل في الدفاع الشرعي من صفته الجرمية ولكنه مانع من العقاب فمن دافع عن نفسه أو عرضه أو ماله بفعل يكون جريمة في اصله فعليه أن

---

[1] ينظر:ابن عابدين في الفقه الحنفي:٣٨٢/٥. والمهذب في الفقه الشافعي:٢٢٤/٢. والمغني في الفقه الحنبلي:٣٥٤/١٠.

يستغفر ويتوب إلى الله من ذنبه وكان على المدافع ان يلجأ إلى الهرب من المعتدي إذا استطاع وكان الهرب سبيلا للنجاة.

ورغم ذلك قالوا: ان على المرء ان يدافع عن حق غيره كما يدافع عن حق نفسه، وسرت هذه الفكرة الكنسية في تكييف الدفاع الشرعي بأنه عذر مانع من العقاب وليس من اسباب الاباحة إلى التشريع الفرنسي في عهده القديم، فالقاتل دفاعا عن نفسه لم يكن يعتبر في حل مما اتاه بحكم القانون بل كان عليه ان يلتمس الصفح من الملك فعليه ان يقدم التماسة حاسرا الرأس جاثيا على ركبتيه ويأوى إلى السجن حتى يصدر الأمر بالعقوبة، غير ان التماس العفو لم يكن ليرفض ما دام يتبين أن هناك ضرورة الدفاع عن الحياة وقد عدل عن هذه الفكرة المشرع الفرنسي بعد الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ وعاد إلى الفكرة السابقة في القانون الروماني واعتبر الدفاع حقا ومن اسباب الاباحة في قانون العقوبات الصادر عام ١٨١٠م ونص على ذلك المادة(٣٢٨) منه في باب القتل والجرح وانتقل ذلك إلى القانون المصري[1]

ثالثاً التطور التاريخي للدفاع الشرعي:

الدفاع ضد الاعتداء غريزة طبيعية لكل كائن حي متحرك بالإرادة سواء أكان انسانا ام حيوانا

ويعد الدفاع اقدم سبب من اسباب الاباحة طبيعة وعرفا وقانونا لكن مر بتطور يمكن ايجازه في الاتي:-

بدأ حق الدفاع الشرعي خاصا يمارسه الفرد بنفسه أو بتعاون مع غيره من ابناء عشيرته أو قبيلته وظل على هذا النمط إلى نشوء الدولة حيث احتكرت بعد نشأتها حق الدفاع عن الافراد الخاضعين لها لنفسها باعتباره مظهرا من مظاهر سيادتها وبذلك اصبح كل حق يحميه القانون من واجبات الدولة كأصل وقاعدة لكن للفرد ممارسة هذا الحق استثناء من هذه القاعدة في حالات غياب السلطة وعدم امكان اللجوء اليها.

ومن هذا الواقع نشأ الدفاع الشرعي أولا حقا طبيعيا لكل فرد ان يمارسه بحريته ثم خضع للقانون من حيث التنظيم ولسيادة الدولة من حيث التنفيذ.

---

[1] الاستاذ القللي المرجع السابق،ص٣٠٣.

وقد اخذ الدفاع الشرعي خلال مروره بالتطور طابع الافراط والتفريط[1] ويبدو الافـراط والسماح اللامحدود في استخدام العنف والقوة بدون قيد أو شرط واضحا في القانون الروماني حين كان الدفاع الشرعي يعد حقا طبيعيا منحه القانون الطبيعي للمعتـدى عليـه دون ان يخضعه لشروط أو قيود.

ويتجلى هذا الاطلاق والافراط في قـول مـارس توليـوس الكاتـب السياسـي الرومـاني الشهير بـ(شيشرون) ١٠٦ ـ ٤٣ق.م : (لا صوت للقانون في معترك السلاح).

كما ان التفريط واضح في التعاليم المسـيحية الـتي كـادت تمحـي مـن الوجـود الصـفة الشرعية للدفاع الشرعي ومرد ذلك إلى ان هذه التعاليم جاءت كرد فعل لمـا كانـت يسـود الدفاع الشرعي من القسـوة وروح الانتقام ومقابلة الشر بشر اكثر قسوة واشد خطـورة ومـن الشواهد على طابع التفريط للدفاع في ضوء تلك التعاليم ما جاء في العهد الجديـد (الجيـل متى)[2] ما نصه:

(وأما أنا فأقول لكم لا تقاوموا الشر بل من لطمك على خدك الايمن فحـول لـه الاخـر، ومن اراد ان يخاصمك ويأخذ ثوبك فأترك له الرداء أيضا ومن سخرك مـيلا واحـدا فاذهـب معه اثنين)

وفي البيئة العربية[3] كان الدفاع الشرعي في المجتمع العربي ـ كأي مجتمع اخر بدائي ـ يتمثل في غريزة الثأر والانتقام من المعتدي أو ممن ينتمي إلى عشيرة المعتـدي أو قبيلتـه ولم يكن هنالك دفاع شرعي بمفهومه الصحيح، فاذا أعتدى فرد من عشيرة أو قبيلة علـى اخـر من عشيرة اخرى أو قبيلة اخرى يتم رد هذا الاعتـداء بـدافع الثـأر والانتقـام مـن شـخص المعتدي عليه أو من آخر ذي صلة به كما ذكرنا، واحيانا كان اعتداء فرد على اخر يؤدي إلى مضاعفات سلبية بل إلى حروب مستمرة سنوات بين قبيلة المعتدي وقبيلة المعتدى عليه.

ثم بعد مرور زمن تطورت فكرة الثأر والانتقام العشوائي إلى فكرة تسليم الجاني لعشيرة أو قبيلة المجني عليه فأن شاؤا استعبدوه وان شاؤا قتلوه فاذا جعلوه عبدا يفقـد شخصـيته

---

[1] الافراط التجاوز عن الحد من جانب الزيادة والتفريط التقصير والتجاوز عن الحد من جانب النقصان.
[2] الاصحاح الخامس(٣٩ـ٤١).
[3] فلسفة وتاريخ القانون الجنائي الاستاذ الدكتور علي راشد محاضرات الدراسات العليا في القانون المطبوعة على الرونيو ص٥١.

القانونية ويصبح جزءا من ممتلكات سيده كأي مال منقول يباع ويشترى وكان كل ما يكسبه في حياته ملكا لسيده لانه لم يكن اهلا للتملك.

ثم تطورت فكرة التسليم إلى نظرية الدية التي تدفع من الجاني أو عشيرته لولي الدم وأسرة المجني عليه، ثم جاء الإسلام فحدد الدفاع الشرعي وبين اركانه وشروطه وأحكامه وهذب نظام القصاص والدية تهذيبا يحمي كرامة الانسان وشخصيته ويمنع التجاوز على الجاني وعلى غيره وأقر مبدأ شخصية الجريمة ومبدأ شخصية العقوبة في آيات منها قوله تعالى: (فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ) ومنها قوله تعالى: (وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى)[1] ومنها قوله: (ومن قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الارض فكأنما قتل الناس جميعا)[2].

وهكذا هنالك نصوص في القران الكريم والسنة النبوية تحمي حياة الانسان وعرضه وماله وتحرم الاعتداء عليه بغير حق.

المبحث الثالث

اساس الدفاع الشرعي واثاره

أساس كل شيء ما يبنى عليه غيره واساس الدفاع الشرعي ليس مصدره ولا عناصره وانما هو المبرر الفلسفي لمشروعيته وبالتالي جعله سببا من اسباب تحويل الفعل الجرمي إلى فعل مباح بتجريده من صفته الجرمية واخراجه من كونه مشمولا بالنص الشرعي الذي جرمه بناء على قاعدة تخصيص العام أو تقييد المطلق.

وقد وردت عدة نظريات بشأن تحديد أساس الدفاع الشرعي ولا تخلو كل واحدة منها من عيب أو نقص أو عدم اصابة للواقع والحقيقة ونحاول ان نستعرض اشهر واهم تلك النظريات بايجاز فيما يأتي: ـ

---

(1) سورة الانعام/١٦٤.

(2) سورة المائدة/٣٢.

أولا: نظرية الإكراه المعنوي[1]:

مضمونها ان الدفاع الشرعي يستند إلى اعتبارات شخصية مستمدة من نفسية المعتدى عليه وتأثره بضغط غير مشروع من شخص اخر يولد خوفا ورهبة في قلبه وبالتـالي يدفعـه إلى ما لا يرغب فيه في حالة عدم وجود الإكراه.

ويعتبر ما يقدم عليه المدافع ضد المعتدي ناشئا عـن حالـة الرعـب الـتي تصيبه ومـن مقتضيات الغريزة اللاارادية فلا مجال لمسؤوليته ما دام لم يرتكب الجريمة باختيـاره وانمـا هـو مكره ومسوق إلى ارتكابها فلا حول له ولا قوة فعمله لا يستند إلى الخطأ الذي هو من اهـم اركان المسؤولية وقد مال إلى هذا الاتجاه كثير من كتاب العصر الحديث في المانيا[2]

وتنتقد هذه النظرية من أوجه متعددة منها:

١- أن المدافع يأتي ما يأتيه باختياره وإرادته الحرة وإدراكه الواعي وهو تمالك لكـل قواه العقلية والبدنية حين يقرر مدى خطورة الاعتداء ويختار لدفعها الوسيلة المناسـبة رغم ضيق مجال اختياره.

٢- الإكراه سواء كان معنويا أو ماديا في حد ذاته مانع من موانع المسؤولية الجزائيـة ومانع المسؤولية الجزائية اعم مطلقا من سبب الإباحة فكيـف يعتـبر اساسـا لاباحـة الدفاع الشرعي وتجريد الفعل مـن صـفته الجرميـة وبالتـالي إلى رفـع المسـؤوليتين الجزائية والمدنية؟

٣- واذا سلمنا جدلا ان الاسـاس هو الإكـراه في حالـة الـدفاع الشـرعي عـن حياتـه وعرضه أو ماله فكيف يصلح اساسا في حالة الدفاع عن حق الغير مـع انـه في هـذه الحالة يتطوع باختياره وارادته الحرة للقيام بهذا الدفاع.

٤- الأخذ بهذه النظرية يستلزم عدم مساءلة المتهم الهارب عن العدالة عن مقاومتـه ضد من يريد القاء القبض عليه من السلطة العامة لانـه في هـذه الحالـة يجـد نفسـه مكرها على مقاومته بمقتضى غريزته فيقاوم ما ليس في مصلحته.

وبناء على هذه الانتقادات والملاحظات لا يصلح الإكراه ان يكون اساسا للدفاع الشرعي.

---

[1] وهو ما يسمى الإكراه الملجىء في الفقه الاسلامي.

[2] الاستاذ الدكتور محمد مصطفى القللي في المسؤولية الجنائية ص٣٠٥.

ثانيا: نظرية مجازاة الشر بالشر:

مضمون هذه النظرية هو ان ما يقوم به المدافع عمل اجرامي به يدفع جرم المعتدي فهو يشبه المقاصة في الديون والالتزامات المدنية فالأساس مقاصة بين شر المعتدي وشر المعتدى عليه واذا سقط بالمقاصة والمجازاة فلا يبقى مبرر لمساءلة المدافع فجزاء الشر بالشر لا يترتب عليه الجزاء العقابي ولا الجزاء المدني وبالتالي لا توجه إلى المدافع المسؤولية الجنائية ولا المسؤولية المدنية.

ويناقش هذا الأساس من أوجه متعددة منها ما يأتي:

١ـ أن المقاصة تتطلب مساواة طرفيها، وهذه المساواة لا تتحقق في الدفاع الشرعي عندما يكون شر المعتدي مجرد تهديد بخطر حال وشر المعتدى عليه قد يكون قتلا.

٢ـ خلط هذا الرأي بين الدفاع الشرعي وحق العقاب فالأول ليس عقابا وانما هو وسيلة لدفع خطر محدق.

٣ـ لو صح القول بأن الدفاع الشرعي مجازاة شر بشر لما جاز للسلطة العامة ان تعاقب المعتدي على جريمة اعتدائه بعد الرد بالدفاع إذا لم يود الدفاع إلى هلاكه الجسدي كليا لانه لا يجوز ان يعاقب شخص مرتين على جريمة واحدة في حين ان المعتدي إذا بقي على قيد الحياة بعد اعتدائه ودفعه فانه يحال إلى القضاء لمساءلته ومحاسبته ومعاقبته.

ثالثاً- نظرية تضارب المصالح وترجيح مصلحة المدافع:

تقوم هذه النظرية على اساس فكرة الموازنة بين المصالح المتضاربة لان القانون كما يحمي حقوق المعتدى عليه كذلك يحمي حقوق المعتدى غير ان المعتدي قد أهدر نفسه في حماية حقوقه باقدامه مسبقا على الاعتداء، وعلى هذا الاساس يبيح القانون التضحية بالمصلحة الاقل اهمية (مصلحة المعتدي) في سبيل حماية المصلحة الاكثر اهمية (مصلحة المعتدى عليه).

وينتقد هذا الاساس من الاوجه التالية:

١ـ الاصل في القانون انه يحمي الحقوق كافة بغض النظر عن درجة اهميتها فلا يوجد هنالك درجات للاهمية من حيث الحماية القانونية.

٢ـ لو صح ان المعتدي يفقد حرمة مثل الحق الذي اعتدى عليه لكانت النتيجة المنطقية ان السارق يفقد حرمة ملكه لاعتدائه على ملك الغير، ويفقد حرمة عرضه لانه اعتدى على عرض الغير وهكذا وهذا امر غير وارد في ميزان الشرع ومنطق القانون.

٣ـ ان هذا التعليل لتبرير الدفاع الشرعي وعده من اسباب الاباحة وبالتالي اسقاط الضمان الجزائي والضمان المدني إذا سلم به بالنسبة لذوي الاهلية من المعتدين فانه لا يبرر الدفاع الشرعي ضد عديمي الاهلية في حالة اعتدائهم على حقوق الغير لانه لا يمكن ان ينسب اليهم انهم هتكوا حقا للغيربارادتهم وبالتالي أهدروا حقوقهم المحمية قانوناً.

رابعاً ـ نظرية انتصار القانون:

يبرر انصار هذه النظرية مشروعية الدفاع الشرعي واعتباره سببا من اسباب الاباحة بان الاعتداء الاجرامي نفي لحكم القانون ودفع لهذا النفي ونفي النفي اثبات وبالتالي أن دفع الاعتداء بالاعتداء تاييد للقانون وانتصار له.

ومن الانتقادات التي يمكن ان توجه إلى هذه النظرية انه لو سلمت هذه الفكرة لجاز لكل فرد ان يمثل السلطة العامة ما دام تصرفه يناصر القانون ويؤيده وهذا مرفوض لان الدفاع عن الفرد والمجتمع هو من مظاهر سيادة الدولة، اما التدخل بدون مبرر قانوني فهو اعتداء على هذه السيادة.

خامساً ـ فكرة الرجوع إلى الاصل:

ومفادها ان الاصل هو ان يدافع كل فرد عن نفسه كما كان كذلك قبل انشاء الدولة وبعد انشائها انتقل حق الدفاع من الفرد إلى المجتمع الذي تمثله الدولة لان المجتمع (أو الدولة) اقدر على هذا الدفاع وفعله أبعد من الفوضى وان الفرد اقرب إلى حدوث الاضطرابات والمضاعفات السلبية ولكن إذا عجزت السلطة العامة التي تمثل المجتمع عن اغاثة الفرد المعرض لخطر محدق حين الاعتداء عليه فان له ان يسترد حقه الاصلي في حماية

نفسه أو عرضه أو ماله ما دام المجتمع عاجزا عن تلك الحماية أو غائبا ويرد على هذه الفكرة عدة ملاحظات منها:

١ـ ان هذه الفكرة متاثرة إلى حد بعيد بنظرية العقد الاجتماعي لجان جاك روسو ومن حذا حذوه في تنازل الافراد للمجتمع عن حقوقهم مقابل حماية المجتمع لهم وهذه فكرة خيالية لا تخرج عن نسيج الخيال وليس لها واقع ملموس في تاريخ البشرية لان مثل هذا العقد لا يتصور في عصر لم تكن وسائل المواصلات موجودة بين الاسر البشرية المتباعدة بمسافات لا يعلم بعضها مكان بعض.

٢ـ في هذه الفكرة خلط بين الدفاع وبين العقاب لان الفرد عندما كان يدافع عن نفسه قبل الدولة كان دفاعه مبنيا على اساس عقاب المعتدي.

٣ـ إذا سلمت هذه الفكرة جدلا لتبرير دفاع الشخص عن حقه المعرض للخطر فانها لا تصلح ان تكون مبررة للدفاع عن حق الغير في حين ان الدفاع الشرعي عام شامل للدفاع عن حقوق المدافع وحقوق الغير ولو لم يكن لهذا الغير صلة به.

سادساً ـ فكرة الباعث الشريف:

ومفادها ان اعتداء المعتدي على مصالح الغير يكشف عن خطورته على المجتمع ودفع المدافع المعتدى عليه لخطر المعتدي ليس إلا عملا يخدم مصلحة المجتمع ويبعد عنه خطر المعتدي عليه فعمله من قبيل العدل الاجتماعي ومن مصلحة المجتمع استئصال جذور تلك الخطورة.

وما يقوم به المدافع ليس إلا عملا نابعا عن هذا الواقع ولذا يعد من اسباب الاباحة ويسقط عنه المسؤولية بكافة انواعها.

ويلاحظ على هذه الفكرة بأنها لا تشمل حالة كون كل من المعتدي والمعتدى عليه من الأشرار الخطرين على المجتمع فليس للمجتمع مصلحة في إبقاء احدهما وإفناء الآخر.

سابعاً ـ حماية مقاصد الشارع ومصالح الناس:

هذا الاساس للدفاع الشرعي هو ما أقرته الشريعة الإسلامية منذ بدايتها لان مقاصد الشرع والقانون هي حماية مصالح المجتمع والافراد وقد نص القران الكريم على هذه الحقيقة

في قوله تعالى: (وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين) ومن الواضح ان هـذه الصـياغة الكلاميـة (النفي بعد النفي) للحصر في ميزان علم البلاغـة فحصر سبحانه وتعـالى الغايـة مـن الرسالة المحمدية في تحقيق مصالح الاسرة البشرية لأن الرحمة بمعنى المصلحة الإنسانية سواء كانت ايجابية (المنفعة المستجلبة) ام سلبية (المضرة المستدرأة) وسـواء كانـت ماديـة ام معنوية، دنيوية ام أخروية.

وعلى هذا الأساس يكون الدفاع عن المصلحة المشروعة واجبا لحمايتها سـواء كـان هـذا الدفاع من السلطة العامة أو من الأفراد لأن الكل مسؤول عن هذه الحماية كما قال الرسول صلى الله عليه وسلم (كلكم راع وكل راع مسؤول عن رعيته).

ولو سلب الدفاع الشرعي عن كل انسـان يتعـرض لخطـر حـال لأدى ذلـك إلى تشـجيع المفسدين في الارض على التمادي في الاعتداء على ارواح الابرياء واعراضهم وامـوالهم لانـه ليس بإمكان السلطة وحدها مكافحة الفساد وعلى هذا الاساس لا يسأل جنائيا ولا مـدنيا من يساهم في تـأمين الاسـتقرار والطمأنينـة وإبعـاد شـبح الفوضـى والفسـاد عـن الفـرد والمجتمع.

طبيعة الدفاع الشرعي وآثاره:

١ـ الدفاع الشرعي سبب ذو طبيعة موضوعية من وجهين:

احدهما من حيث كيانه الذي لا يتضـمن اصـلا عنصـرا مـن العناصـر الشخصـية للمدافع.

والثاني من حيث أثره الذي ينصرف إلى الفعل المستعمل في دفع خطر المعتـدي لا إلى شخص مدافع.

أما كيانه الموضوعي فتفسيره ان توفر سببيته للاباحة كسائر اسباب الاباحـة يرجـع إلى وجود قواعد قانونية تقيد اطلاق نصوص التجريم وتخصص عمومهـا فالكشـف عـن سـبب الاباحة سواء اكان دفاعا شرعيا ام غيره كاداء الواجب واستعمال الحق وغيرهما ياتي موازنة بين قاعدة التجريم وقاعدة الاباحة والتوفيق بينهما بتقييد أو تخصيص إحداهما لاطـلاق أو عموم الاخرى دون ان يتطلب ذلك بحثا في نفسية الجاني الا في حالات استثنائية كحسـن نيـة المتجاوز عن حدود الدفاع وسوء نيته .

اما الطابع الموضوعي لاثار الدفاع الشرعي فيقصد به تعلق هذه الاثار بالتكييف القانوني للفعل بغض النظر عن أهلية المعتدي والمعتدى عليه[١] .

ومن أهم الاثار المترتبة على الطابع الموضوعي للدفاع الشرعي ما ياتي :

١ـ تاثير سبب الاباحة يمتد إلى كل شخص ساهم في الدفاع فمتى ما توافرت عناصر الدفاع الشرعي يصبح الفعل مشروعا مباحا يستفيد من ذلك كل من ساهم فيه فلا يبقى فرق بين الفاعل[٢] والشريك[٣] ولا بين من يدافع عن نفسه أو عرضه أو ماله وبين من يدافع عن نفس الغير أو عرضه أو ماله.

ومن يحرض غيره على الدفاع أو يساعده أو يقدم له التسهيلات لدفاع الشرعي يستفيد من الاباحة وفلسفة ذلك ان الفعل المشروع المباح لا يصلح لان يكون محلا للمساهمة الجزائية سواء اكان المساهم فاعلا أم شريكا.

وجدير بالذكر ان هذه القاعدة خاصة بحالة الدفاع الشرعي وليست مطلقة فلا تطبق في سائر اسباب الاباحة لان اسباب الاباحة نوعان.

اسباب مطلقة كما في الدفاع الشرعي الخاص والدفاع الشرعي العام واسباب نسبية كما في اداء الواجب بالنسبة للمسؤولين في الدولة واستعمال الحق بالنسبة للتاديب من قبل الازواج والاباء وغيرهم ممن له سلطة التأديب.

فهذا النوع النسبي يراعى فيه العنصر الشخصي للفاعل فالزوج وحده يؤدب زوجته وكذلك الأب والمعلم والموظف والطبيب والرياضي في الألعاب الرياضية وغيرها من أسباب الاباحة النسبية.

---

(١) د.محمود نجيب حسن المرجع السابق ص ١١٢ ، المبادىء العامة في قانون العقوبات ، د. علي حسين خلف و د. سلطان الشاوي ، ص ٢٤٥ .

(٢) نصت م٤٧ عقوبات على انه (يعد فاعلا للجريمة : من ارتكبها وحده أو مع غيره ومن ساهم في ارتكابها اذا كانت تتكون من جملة افعال فقام عمدا اثناء ارتكابها بعمل من الاعمال المكونة لها ومن دفع باية وسيلة شخصا على تنفيذ الفعل المكون للجريمة إذا كان هذا الشخص غير مسؤول جزائيا عنها لاي سبب كعديم الاهلية

(٣) ونصت م٤٨ على انه (يعد شريكا في الجريمة من حرض على ارتكابها فوقعت بناءعلى هذا التحريض ومن اتفق مع غيره على ارتكابها فوقعت بناء على هذا الاتفاق ومن اعطى الفاعل سلاحا أو الات أو أي شي ء اخرمما استعمل في ارتكاب الجريمة مع علمه بها أو ساعد عمدا باي طريقة اخرى في الاعمال الجيزة أو المسهلة أو المتممة لا رتكابها).

فلا يستفيد من سبب الإباحة إذا كان أداء لواجب لا يقوم به الا شخص يحتل مركزا معينا أو يحمل صفة معينة كما في استعمال السلطة العامة فلا يستفيد منه الا من يكون موظفا عاما، وفي الأعمال الطبية والجراحية لا يستفيد من سبب الإباحة الا من كانت له صفة التطبيب أو من يكون من أعوانه كالمعاون الطبي والممرضة والمخدر ونحو ذلك.

٢ـ ومن آثار موضوعية الدفاع الشرعي من حيث سببيته للإباحة عدم تأثير الجهل بالواقع على صيرورة فعل غير مشروع إلى مشروع أو صيرورة غير المشروع[1] إلى المشروع فمن دفع خطرا عن شخص أو عرضه أو ماله أو عن نفس الغير وعرضه أو ماله وهو يجهل انه في حالة الدفاع الشرعي فلا تأثير لهذا الجهل والاعتقاد الخاطئ. أي أثر على مشروعية فعله ما دامت الشروط الشرعية والقانونية متوفرة فيه، وكذلك العكس فلو قام بفعل ضد غيره وهو يعتقد انه في حالة الدفاع الشرعي وكان اعتقاده خاطئا فلا يكون له التأثير على الواقع وهو عدم كونه في حالة الدفاع الشرعي فلا يعتبر فعله مباحا ولا يحول الاعتقاد الخاطئ. العمل غير المشروع إلى العمل المشروع.

٣ـ الغلط في عناصر الدفاع الشرعي لا يغير الواقع فلو كان المدافع يظن بأن عنصرا من عناصر الدفاع غير متوفر في حين انه كان متوفرا في الواقع فلا اثر لهذا الغلط الذي وقع فيه.

وكذلك العكس فلو ظن ان جميع عناصر الدفاع الشرعي متوفرة وكان ظنه خاطئا فلا يعتد بهذا الظن بل يعمل بما هو واقع فلا يعتبر المدافع في حالة الدفاع الشرعي.

بناء على القاعدة الشرعية والقانونية المنصوص عليها في المادة (٧٢) من مجلة الأحكام العدلية: (لا عبرة بالظن البين خطؤه).

وهذه القاعدة تطبق في القضايا الجنائية والمدنية على حد سواء. ومن المسائل المدنية المبنية على هذه القاعدة انه إذا دفع الكفيل الدين وكان الأصيل قد أداه أو أبرأه الدائن منه ولم يعلم به كان له الرجوع على الدائن بما دفع.

---

[1] د. محمود نجيب حسني /المرجع السابق،ص١١٣.

غير ان بعض القوانين كالقانون العقوبات العراقي (م٤٢ وم٤٦) والكويتي (م٣٤ و٣٨) أعتد بالخطر الموهوم في الدفاع الشرعي إذا كان مبنيا على اسباب معقولة وحسن النية في ادراء الواجب.

موقف قوانين العقوبات العربية من الدفاع الشرعي:

لم تتفق التشريعات الجزائية الآتية على معالجة عناصر الدفاع الشرعي وأحكامه بنمط واحد كعدم توافقها في التشريعات الأخرى بل تلتقي في بعض النقاط وتختلف في نقاط أخرى إضافة إلى وجود بعض العيوب والنواقص في بعضها ومن أوجه الاتفاق: تعريف الدفاع الشرعي بأنه استعمال قوة لازمة لصد خطر حال غير مشروع يهدده بالإيذاء. حقا يحميه القانون ومنها: أن الدفاع الشرعي من أسباب الإباحة إذا توافرت أركانه وشروطه رغم اختلافهم في بعض التفصيلات.

ومنها: أن أركان الدفاع الشرعي اثنان الخطر والفعل الذي يدفع به هذا الخطر ولكل منهما شروط أهمها ما يأتي:

أولاً: شروط الخطر:

١ـ وجود خطر بوقوع اعتداء غير مشروع واستعمل تعبير (تعرض غير محق) بدلا من الخطر كل من قانون العقوبات اللبناني[1] (م١٨٤) والسوري (م١٨٣)[2] والأردني (م٦٠)[3] واستعمال القانون البحريني (م٤٩)[4]: (القوة أو العنف غير المشروعين) والقطري [5] (م٣٩) والتونسي (الفصل ـ٣٩) والمغربي (الفصل ـ١٢٤) تعبير (الصائل) وهو تعبير فقهاء الشريعة واستعمل العراقي (م٤٢)[6] والليبي (م٧٠)[1] والمصري (م٢٤٦)[2] تعبير (الجريمة)[3].

---

[1] الصادر بالمرسوم المرقم(٣٤٠)في ١/آذار/١٩٤٣.
[2] الصادر بالمرسوم (١٤٩) في ٢٢/حزيران/١٩٤٩.
[3] رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠.
[4] الصادر في ١٧/مايو/١٩٥٥ وتعديله الصادر في ١٨/يونيه/١٩٦٩.
[5] الصادر بالقانون رقم (١٤) لسنة ١٩٧٠.
[6] رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

الشرط الثاني ـ أن يهدد الخطر بالإيذاء مصلحة يحميها القانون من نفس أو عرض أو مال:

وأكثرها لم تذكر العرض صراحة على أساس انه يندرج تحت مفهوم النفس ومن القوانين التي ذكره صراحة قانون عقوبات الإمارات المتحدة (م١٣ـ١٤) والقانون الكويتي (م٣٤) ولم تفرق هذه القوانين بين كون المصالح المعرضة للخطر عائدة إلى المدافع شخصه أو إلى غيره باستثناء القانون التونسي الذي نص في الفصل (٣٩) على تحديد هذا الغير بأن يكون من أقارب المدافع وهم الأقارب من طبقة الأصول والفروع والأخوة والأخوات والزوج والزوجة.

أما إذا كان الشخص المعرض للخطر غير هؤلاء، فللحاكم الاجتهاد في تقدير المسؤولية.

ويرى البعض[٤] أن المراد من هذا النص هو أن للقاضي أن يعتبر الدفاع عن مصلحة الغير ظرفا مخففا.

الشرط الثالث ـ أن يكون الخطر حالاً:

وقد ذكرنا سابقا أن الخطر يعتبر حالاً في إحدى الحالتين:

إحداهما ـ أن يكون الخطر وشيك الوقوع ولم يقع بعد.

والثانية ـ أن يكون قد بدأ ولم ينته بعد.

ويستفاد هذا الشرط من أكثر القوانين الجزائية العربية صراحة أو ضمنا ومن القوانين الدالة عليه صراحة العراقي (م٤٢) والسوري (م١٨٣) والأردني (م٦) واللبناني (م١٨٤) والجزائري (م٣٩) تحت عبارة (خطر حاتم).

الشرط الرابع ـ عدم إمكان اللجوء في دفع الخطر إلى السلطة العامة:

وهذا الشرط تدل عليه أكثر القوانين العربية صراحة أو ضمنا ومن القوانين الدالة عليه صراحة العراقي (م٤٢) والمصري (م٢٤٧) والليبي (م٧٠) والسوداني (م٥٩) والقطري (م٢٧).

---

[١] الصادر بالمرسوم في ٢٨/نوفمبر/١٩٦٢.

[٢] رقم (٥٨) لسنة ١٩٧٣ المعدل.

[٣] أي لو تم لاصبح جريمة. ولا يقصد بلفظ الجريمة تمام وقوع الاعتداء.

[٤] ينظر تعليقات محمد طاهر السنوسي على المجلة الجنائية التونسية ط/١٩٦٤ تونس ص٣٧. نقلا عن يوسف الياس مجموعة قوانين العقوبات العربية ط/١٩٧٣ ص٤١.

ومن الجدير بالذكر ان بعض القوانين العربية اشترطت شرطا[1] خامسا للخطر حتى يكون الدفاع من أسباب الإباحة وهو ان لا يكون المعتدى عليه هو السبب المنشئ للاعتداء. كالقانون الأردني (م٦٠) والسوري (م١٨٣) واللبناني (م١٨٤) والبحريني (م٢٩) لكن انتقد هذا الشرط بانه يؤدي من الناحية العملية إلى نتائج لا يمكن التسليم بها ومنها.

عدم إمكان رد ما يتجاوز فيه المدافع عن حدود الدفاع الشرعي لو كان يخشى من هذا التجاوز احداث الموت لأنه لو لم يعتد لما وقع هذا التجاوز[2]. علما بأن الدفاع ضد من يتجاوز الحدود جائز رغم ان المدافع هو البادئ بالاعتداء.

وللمشرع العراقي رغم انه لم ينص صراحة على هذا الشرط الا انه نص في (م٤٠٩)[3] على انه لا يجوز استعمال حق الدفاع الشرعي ضد من يستفيد من هذا العذر (عذر مفاجأة الزوجة أو إحدى محارمه متلبسة بجريمة الزنا) وانتقد البعض[4] المشرع العراقي في استعماله تعبير (حق) (في حق الدفاع الشرعي).

قائلاً: أن الدفاع الشرعي ليس حقا لأن هذا التصور يؤدي إلى القول بوجود التزام مقابل من المعتدي بتحمل الدفاع وانه يكون مسؤولا عن التعويض إذا أعاق المدافع عن استعماله حقه في الدفاع.

وينتقد هذا الانتقاد بأن هذا الزعم مبني على أن المراد بلفظ (حق) في حق الدفاع الشرعي الحق الشخصي المالي المقابل للالتزام المالي وهذا الزعم باطل لان المراد بالحق في مثل هذا المقام هو الصلاحية والمركز الشرعي أو (القانوني) الذي من شأنه أن ينتفع به صاحبه.

---

(1) ينظر: د.محمود مصطفى ـ أصول قانون العقوبات ،ص٥٤ نقلا عن د.يوسف الياس المرجع السابق ص٣٩.

(2) ينظر: د.محمود مصطفى ـ أصول قانون العقوبات، ص٥٤ نقلا عن د. يوسف الياس المرجع السابق، ص٣٩.

(3) الخاصة بقتل الزوجة أو احدى المحارم وشريكها في حالة التلبس بالزنا.

(4) د. محمود مصطفى ـ القسم العام ص٢٠٣..

شروط الفعل الذي يدفع به الخطر:

يشترط صراحة أو ضمنا في اغلب القوانين الجزائية العربية توافر شرطين في فعل الدفاع الشرعي.

الشرط الأول- أن يكون هذا الفعل لازما أي وسيلة وحيدة لدفع الخطر:

فاذا كان بالامكان التخلص من الخطر الذي يهدد مصلحة من مصالح المدافع أو مصلحة غيره من الحقوق النفسية أو العرضية والمالية التي يحميها القانون عن طريق فعل لا يعد جريمة فانه لا يباح له ان يرتكب في الدفاع فعلا يجرمه القانون[1] ومن القوانين التي تشير إلى هذا الشرط: العراقي (م٤٢/٣) والمصري (م٢٣٦) والسوري (م١٨٣) واللبناني (م١٨٤) والأردني (م٦٠) والجزائري (م٣٩) والتونسي[2] الفصل (٣٩) والمغربي الفصل (١٢٤) غير ان القانون الليبي (م٧٠) نص على ان الدفاع الشرعي يبيح للشخص ارتكاب كل فعل يكون ضروريا لدفع خطر جريمة الاعتداء.

والتعبير عن هذا الشرط في العراقي أو التونسي أوضح من تعبير سائر القوانين الجزائية العربية حيث ينص الأول على ان لا يكون أمام المدافع وسيلة أخرى لدفع الخطر، والثاني على ضرورة أن يكون المدافع لم تمكنه النجاة من الخطر بوجه آخر.

الشرط الثاني : أن يكون فعل الدفع متناسبا مع الخطر:

وقد تطرق لهذا الشرط أكثر التشريعات الجزائية العربية مع الاختلاف في التعابير: والتعبير الوارد في الأردني (م٦٠) والمغربي (الفصل١٢٤) :(مع الخطر) وفي المصري (م٢٤٦) (أن تستعمل في الدفاع القوة اللازمة) وفي العراقي (م٤٥) : (الدفاع الشرعي لا يبيح إحداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع) وفي البحريني (م٢٩): (الا يستعمل المدافع درجة من القوة أو يحدث أذى أعظم مما هو ضروري ومعقول) والجزائري (م٣٩): (أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء). وفي السوداني (م٥٨) والقطري (م٢٦): (أن لا يمتد الدفاع الشرعي بأية حال إلى إلحاق الأذى بما يجاوز القدر اللازم لغرض الدفاع).

---

[1] د. محمود نجيب حسني: القسم/ص٢٢١.

[2] المجلة الجنائية التونسية لسنة ١٩١٣ المعدلة.

وفي ما يتعلق بجرائم الاعتداء على الأشخاص التي تبرر قتل المعتدي دفاعا عن النفس وعن نفس الغير نصت صراحة قوانين العراقي (م٤٣) والمصري (م٢٤٦) والليبي (م٧٠) والجزائري (م٣٩) والمغربي (الفصل١٢٥) والقطري (م٢٤) والكويتي (م٣٣) والسوداني (م٥٦): على جواز قتل المعتدي إذا كان الخطر بحيث يؤدي إلى الموت أو الإصابة بجراحة بالغة.

وفي ما يتعلق بجرائم هتك الأعراض نصت قوانين العراق ومصر والكويت وليبيا والقطر واليمن والسودان على جواز قتل المعتدي في حالة قيام خطر يهدد بمواقعة أنثى أو اللواطة بها أو بذكر كرها إضافة إلى جواز القتل ضد اعتداء خطف إنسان.

وفي ما يتعلق بإباحة القتل دفاعا عن المال فقد اختلفت فيه القوانين العربية من حيث نطاق المال محل الاعتداء: فأباح قتل المعتدي العراقي (م٤٤) والمصري (م٢٤٦) والليبي (م٧٠) والجزائري (م٣٩) و القطري (م٢٤) والمغربي (الفصل ـ١٢٥) في حالات الدخول ليلا في منزل معد للسكنى[1] وان لم يكن فيه أحد حالة الاعتداء أو أحد ملحقاته والسرقات، والحريق عمدا.

وأضاف إلى ذلك التونسي (م٤٠) خلع مسيجات ونقب الجدران، كما أضاف اليها جريمة النهب القانون السوداني والجزائري والتونسي والمغربي.

تجاوز الدفاع الشرعي:

من الطبيعي أن يكون التجاوز عن الحدود المعقولة المقبولة التي يستوجبها الدفاع الشرعي امرا متوقعا نتيجة الحالة التي يكون فيها المدافع فاقدا في الغالب الكثير من اتزانه.

والمراد بالتجاوز عدم تحقق التناسب بين فعل الدفاع من المعتدى عليه والخطر من المعتدي. وهذا التجاوز قد يكون بنية سليمة حسنة وقد يقع بغير هذه النية.

وقد اختلفت فقهاء القوانين الجزائية العربية في معالجة حالة التجاوز حول مدى مسؤولية المتجاوز ومعاقبته.

---

[1] ويشمل المنزل في السوداني والقطري الخيمة والسفينة المسكونة.

وقد نص قانون العقوبات اللبناني (م١٨٤وم٢٢٨) والسوري (م١٨٣وم٢٢٧) على عدم معاقبة المتجاوز إذا افرط في الدفاع وكان اقدامه على الفعل في سورة انفعال شديد بحيث انعدمت معها قوة وعيه وارادته.

ونصت (م٦٠/٣) من القانون الاردني - بعد الاحالة إلى (م٨٩) من نفس القانون – على انه يمكن اعفاء الفاعل من العقوبة. ويبدو ان هذا القانون اخضع الامر للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ونصت غالبية القوانين الاخرى على جواز تخفيف العقوبة بفرض عقوبة الجنحة في حالة كون فعل الدفاع جناية كما في العراقي (م٤٥)[1] والمصري (م٢٥١) والكويتي (م٣٦) والقطري (م٣٢)[2].

ونصت (م٣٠) اليمني[3] على انه إذا تجاوز الشخص بإهماله حدود الإباحة والضرورة لو الدفاع الشرعي يعاقب على هذا التجاوز إذا كان القانون يجرمه بوصفه جريمة غير عمدية.

ونصت (م٥٨) السوداني على لن: (حق الدفاع الشرعي لا تقيد بأية حالة إلى إلحاق الأذى بما يجاوز القدر اللازم لغرض الدفاع).

ملاحظات على قوانين العقوبات العربية في موضوع الدفاع الشرعي:

يمكن ايراد الملاحظات الاتية على تلك القوانين: ـ

١ـ قانون عقوبات العماني القائم المواد (١٠١ـ١٠٣) اكتفي بمعالجة موانع المسؤولية الجنائية دون التطرق لأسباب الإباحة، اضافة إلى ذلك فانه خلط بين موانع العقاب وموانع المسؤولية الجنائية وهذا نقص تشريعي يجب تداركه.

٢ـ القانون التونسي القائم الفصول (٣٩ـ٤٠) حصر جواز الدفاع الشرعي عن مصالح الغير في أصول المدافع وفروعه وإخوته وأخواته والزوج والزوجة بينما اتفقت القوانين على خلاف هذا التقييد فأجازت بل لوجبت على الإنسان أن يدافع عن حقوق الغير كما يدافع عن حقوقه مطلقاً.

---

[1] نصت (م٤٥) العراقي على انه (يجوز للمحكمة في حالة التجاوز ان تحكم بعقوبة الجنحة بدلا من عقوبة الجناية، وان تحكم بعقوبة المخالفة بدلا من عقوبة الجنحة)

[2] ونص هذا القانون على لن للقاضي لن يعتبره ظرفا مخففا.

[3] رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤.

٣- يوجد في القانون اليمني القائم (م٢٧-٣٠) التناقض بين المادة (٢٧) والمادة (٢٨) لان الاولى نصت على جواز الدفاع عن حقوق الغير مطلقا في حين قيدت الثانية الدفاع عن الغير بالقرابة والزوجية[1]

٤- خلط القانون اللبناني القائم[2] (م٢٢٧-٢٢٩) تحت عنوان القوة القاهرة بين موانع المسؤولية الجنائية واسباب الاباحة فاعتبر ما هو من موانع المسؤولية الجنائية اسبابا للاباحة مع ان الموانع اعم مطلقا والاسباب اخص مطلقا والعام لايستلزم وجود الخاص دون العكس.

إضافة إلى ذلك فانه استعمل تعبير (لا عقاب) بدلا من لا جريمة في حين أن نفي العقاب لا يستلزم نفي الجريمة فعديم الأهلية إذا ارتكب جريمة لا يعاقب عليها رغم قيامها.

٥- القانون الأردني (م٨٨-٩٠) تحت عنوان القوة القاهرة هو الأخر خلط بين موانع المسؤولية الجنائية وأسباب الإباحة فاعتبر ما هو من موانع المسؤولية الجنائية أسبابا للإباحة كالإكراه والضرورة وهما من الموانع ورغم ذلك عدهما من أسباب الإباحة.

٦- القانون السوداني القائم م(٤٥-٥٤) وقع في أخطاء جسيمة منها انها اعتبر أمورا من أسباب الإباحة وهي بعيدة عنها بعد السماء عن الارض كعدم توفر القصد الجنائي (م٤٨) والصغر (٤٩) والجنون والسكر (م٥٠) ورضا المجني عليه (م٥١) والاكراه (م٥٣).

٧- القانون السوداني[3] (م٢٢٦-٢٢٨) لم يتطرق لمصطلح (الدفاع الشرعي) وانما عالج الموضوع تحت عنوان (القوة القاهرة) ثم قسمها إلى القوة الغالبة والاكراه وحالة الضرورة مع أن كلاً منهما ليس من أسباب الإباحة.

---

[1] نصت (م٢٧) على أنه: (تقوم حالة الدفاع الشرعي إذا وجد المدافع خطرا حالا من جريمة على نفسه أو عرضه أو نفس الغير أو عرضه)، ونصت المادة (م٢٨) على انه (لا يبيح الدفاع الشرعي القتل العمد الا إذا قصد به دفع احد الامور الاتية:

١- القتل وجراحة بالغة إذا كانت الجراح على المدافع نفسه أو احد اقاربه.

٢- الشروع في الزنا أو اللواط بالقوة على المدافع أو زوجه أي محرم له.

٣- اختطاف المدافع أو زوجه أو ولده أو احد محارمه بالقوة)

[2] الصادر بالمرسوم رقم ٣٤٠/في ١/اذار/١٩٤٣.

[3] الصادر بالمرسوم (١٤٩) في ٢٢/حزيران/١٩٤٩.

٨ـ اشترط القانون السوري (م١٨٣) واللبناني (م١٨٤) والأردني (م٦٠) والبحريني (م١٢٩) أن لا يكون المعتدى عليه سببا لاعتداء المعتدي وقد سبق بيان ذلك والملاحظات التي ترد عليه.

٩ـ قانون العقوبات المغربي[1] (الفصل ١٢٤-١٢٥) عالج الدفاع الشرعي تحت عنوان الأسباب المبررة التي تمحو الجريمة. ويلاحظ على هذا القانون انه اعتبر الضرورة في الفصل (١٢٤) من أسباب الإباحة مع أنها من موانع المسؤولية الجنائية وخلط في الفصل (١٢٥) بين الدفاع عن النفس والدفاع عن المال.

١٠ـ يعتبر قانون العقوبات القطري القائم[2] (م٢٣-٣٣) تحت عنوان الدفاع الشرعي أدق واشمل وأوضح قانون بين قوانين العقوبات العربية في معالجة عناصر الدفاع الشرعي واحكامه ومن مزايا هذا القانون:

أ ـ نص صراحة على أن الدفاع عن العرض من أسباب الإباحة مطلقا.

ب ـ أضاف إلى المنزل المسكون في الدفاع الشرعي: الخيمة، والضيفة، وبئر البترول وكل مورد من موارد الثروة العامة.

وبهذا جمع بين الدفاع الشرعي الخاص والدفاع الشرعي العام.

ونكتفي بهذا القدر من بحث عناصر وأحكام الدفاع الشرعي الخاص لنتناول دراسة الدفاع الشرعي العام.

وجدير بالذكر أن هذا المصطلح (الدفاع الشرعي العام) بهذا التعبير لم أطلع عليه لا في الفقه الإسلامي ولا في القانون ولكن تطبيقاته العلمية والعملية كثيرة في كل منهما.

والدفاع الشرعي العام إما داخلي في حدود إقليم كل دولة وهذا ما يطلق عليه في الفقه الإسلامي والقوانين المتأثرة به مصطلح (الحسبة) أي الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

وإما خارجي من حيث إن مصدر الخطر يأتي غالبا من خارج الحدود ويطلق عليه في اصطلاح الشريعة الإسلامية مصطلح (الجهاد).

---

(1) رقم ٤٠٣/٥٩/في ٢٦/نوفمبر/ ١٩٦٢.

(2) الصادر بالقانون رقم (١٤) في سنة ١٩٧٠.

وفي القانون مصطلح (الدفاع)[1].

ومعيار التفرقة بين الدفاع الشرعي الخاص والدفاع الشرعي العام (بقسميه) أمران موضوعيان:

أحدهما: أن مصدر الخطر في الخاص داخلي دائما وفي العام قد يكون داخليا وقد يكون خارجيا.

والثاني: أن المعرض للخطر حق خاص في الدفاع الشرعي الخاص كما سبق وحق عام في الدفاع الشرعي العام، سواء كان داخليا أو خارجيا ونتناول بحث الدفاع الشرعي العام بقسميه في الفصلين القادمين.

---

[1] تنص المادة (٥١) من ميثاق الامم المتحدة على انه ليس في هذا الميثاق ما يضعف أو ينقص الحق الطبيعي للدول فرادى أو جماعات في الدفاع عن انفسهم إذا اعتدت قوة مسلحة على أحد اعضاء (الامم المتحدة).

الخنثى المشكل والاحتياط في توزيع التركة

الخنثى المشكل والإحتياط في توزيع التركة

الخنثى في اللغة: من يكون كثير التثني.

المُخنث: المترخي، المتثني، وجمعه خناثي وخناث. والخنث كالكتف من فيه إخناث أي تكسّر وتثنّي، مأخوذ من الإخناث وهو التثنّي والتكسّر. إن شأن الخنثى التثني في كلامه والتكسّر فيه بأن يلينه بحيث يشبه كلامه كلام النساء.

وفي إصطلاح الفقه والطب: إنسان شاذ الخلقة غير اعتيادي، له عضوا الذكورة والأنوثة أو عريّ عنهما. أي: انسان شاذ لا يتيقن كونه ذكرا أو أنثى.

انواع الخنثى:

للخنثى نوعان:

١- خنثى حقيقي True hermaphroditism : و هو النوع الذي يكون كلا عضوي التناسلية الانثوية والذكرية موجودان فيه، وهو نادر من الناحية الطبية، والمعلومات المتوفرة عنه قليلة و معقدة. وعادةً يملك كروموسومات انثوية من نمط (XX٤٦).

٢- خنثى غير حقيقي Pseudo-hermaphroditism: وهو أن لا يكون له آلة الذكر والأنثى، بل له ثقبة يخرج منها الخارج (البول) ولا تشبه جهاز الذكر أو الأنثى.. وهذا النوع أكثر انتشارا، وفيه تكون صورته متفاوتة بين شخص وآخر، وفي العادة تكون الأعضاء التناسلية الخارجية غير كاملة حيث يصعب معها تحديد صنف الطفل. ويُطلق على هذا النوع (الخنثى المشكل)، أي يلتبس فيه الأمر لما فيه تعارض بين علامات الرجال وعلامات النساء، فيلتبس أمره، لذا يوصف بأنه مُشكِل.

اسبابه:

من حيث الأسباب قسمان:
أحدهما ناتج عن خلل في الكروموسومات.
والثاني ناتج عن خلل في الجينات، وبوجه خاص المتعلقة بالهرمونات، وهي كثيرة.

خصوصيته:

الخنثى المشكل خاص بالإنسان والإبل والبقر، ولم يثبت لحد الآن وجوده في سائر الحيوانات.

العلاج:

من الضروري تحديد صنفه في اقرب وقت ممكن، وفي ذلك يُعتمد على ما يلي:
أ- الإعتماد على الأعضاء الجنسية، وبوجه خاص الأعضاء الخارجية التي بإمكانها تأدية وظيفتها عند البلوغ.
ب- إجراء عملية جراحية (أو عدة عمليات حسب الحاجة) للأعضاء التناسلية بتعاون عدة من الأطباء المختصين في الغدد والجراحة والوراثة والنفسية، لعلاج هذه الحالات في المستشفيات التي لديها أطباء الغدد الصماء والجراحين في المجاري البولية والولادة والأمراض النسائية.

معايير التمييز بين الصنفين[1]:

إذا تعذر إصلاح الجهاز التناسلي، فقد رأى الأطباء والفقهاء القدامى الإستعانة بالمعايير الظاهرة للتمييز بين الصنفين (الذكر والأنثى).

---

[1] من الأخطاء الشائعة بين الناس إطلاق الجنسين على الذكر والأنثى، لأن الجنس هو الذي تندرج تحته أنواع مختلفة في ماهياتها، فالصنف يندرج تحت النوع، والنوع يندرج تحت الجنس، فالحيوان جنس تندرج تحته أنواع الحيوانات، والإنسان نوع يندرج تحته صنفا الذكر والأنثى. والصنف يندرج تحته الأشخاص.

أ- أهم المعايير قبل البلوغ:

١- المبال: إن كان يبول من مبال الرجال فهو ذكر ويأخذ ميراث الذكور. وإن كان يبول من مبال النساء فهو أنثى يرث ميراث النساء.
٢- كثرة خروجه: فمن بال من آلة الذكر أكثر من آلة الأنثى، فهو ذكر، ومن بال الأكثر من آلة الأنثى فهو أنثى.
٣- سبق البول من إحدى الآلتين: فالحكم للأسبق. فإن سبق البول من آلة الذكورة فذكر، أو من آلة الإناث فأنثى. أي إن بال منهما جميعا أعتبر أسبقهما، لأن سبق البول من أحدهما يدل أنه هو المخرج الأصلي.
٤- إذا تعارض السبق والكثرة، بأن كان الخروج من أحد الجهازين أسبق ومن الآخر أكثر، يُحكم بأكثرهما، لأن الأكثر أقوى في الدلالة على أنه العضو الأصلي، ولأن الحكم الكلي يترجح بالأكثر.
٥- عدد الأضلاع: إن كانت أضلاعه من الجانب الأيسر ناقصة ضلعا فهو ذكر، وإن تساوت أضلاعه من الجانبين فهو أنثى.
٦- الوقوف عند البول إلى جانب حائط: فإن بال عليه فهو ذكر، إن شلشل بين فخذيه فهو أنثى.

ب- أهم علامات التمييز بعد البلوغ:

١- الميل الجنسي: فإن كان يميل جنسيا إلى الرجال فهو أنثى، وإن كان يميل بطبعه إلى النساء فهو ذكر.
٢- الثدي: فإن كان حجم ثديه أكبر، فهو أنثى، وإلا فهو ذكر.
٣- نبت اللحية: فإذا نبت الشعر على وجهه فهو رجل، وإلا فهو إمرأة.
٤- الحيض: فإن ظهرت له عادة شهرية (الحيض) فهو أنثى، وإلا فهو ذكر.
٥- الوطء: فإن أمكن وطؤه فهو أنثى، وإلا فذكر.
٦- الميل: فإنه يُستدل به عند العجز عن الأمارات السابقة، فإن مال إلى الرجال فإمرأة، وإن مال إلى النساء فرجل. وإن قال أميل إليهما ميلا واحدا، أو لا أميل إلى أي واحد منهما، فمشكل.

وحيث أطلق الخنثى في الفقه الإسلامي يراد به المشكل.[1]

ونرى أن الطب في هذا العصر قد تقدم وتطور، وأصبح أهل الطب اليوم اقدر على التمييز، لذا على أهل الفتوى ترك تحديد صنف الخنثى لرأي الطب.

اهمية التمييز:

تتبين هذه الأهمية في أمرين:

أحدهما إجراء العملية الجراحية للخنثى يقوم بها الأطباء المختصون لإصلاح الجهاز التناسلي، ليكون أقرب إلى الحالة الطبيعية التي تتوافق مع التكوين العضوي، وحينئذ تجري على الحالة الاحكام التي توافق الصنف من الذكر والأنثى.

والأمر الثاني توزيع التركة التي يكون الخنثى أحد الورثة على سبيل اليقين.

كيفية توزيع تركة يكون الخنثى احد ورثتها:

قبل التيقن من التمييز بين الصنفين، يجب الإحتياط بإتباع إحدى الطرق الآتية:

أولا- إيقاف توزيع تركة الميّت الذي من ضمن ورثته خنثى مشكل، حتى يتّضح أمر الخنثى، هذا إذا لم يُضرّ التأخير بمصلحة بقية الورثة.

ثانيا- إذا اقتضت مصلحة سائر الورثة تقسيم التركة، فعلى القاضي أو المفتي القيام بتوزيعها على أن يراعي اثناء القسمة إحدى الصور الست الآتية:

الصورة الأولى: أن يتساوى ميراث الخنثى على كلا التقديرين (تقدير كونه ذكرا وتقدير كونه أنثى)، فحينئذ لا إشكال في توزيع التركة كما يلي:

الورثة:	أب	أم	بنت	ولد لأم الخنثى	
الفروض:	٦/١	٦/١	٢/١	٦/١	وللمسألة من (٦)
الأسهم:	١	١	٣	١	

وللخنثى الباقي ذكرا كان أم أنثى[2] في الفقه السني، لكن في الفقه الجعفري والقانون لا يرث الخنثى لأنه محجوب بالبنت. وقد اقرّت الفقرة الثانية من (م٩١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل رقم (١٨٨) هذا الحجب.

---

[1] الموسوعة الفقهية الكويتية ٢١/٢٠ ومايليها.

[2] لأنه إما أخ من الام أو أخت من الأم، وفي كلتا الحالتين له السدس.

الصورة الثانية: أن يرث على تقدير الأنوثة دون الذكورة:

الورثة:	زوج	شقيقة	ولد لأب خنثى
الفروض:	٢/١[1]	٢/١[2]	—
الأسهم:	٣	٣	—

فإذا كان ذكرا يُحجب بالإستغراق لأنه عصـبة، وإذا كـان أنثى لـه (٦/١) تكملة للثلثين. فالمسألة من (٦) وتحول إلى (٧).

للزوج ٧/٣، وللشقيقة ٧/٣، وللخنثى (الأخت لأب) (٧/١).

وعند الجعفرية وفي القانون العراقي: لا يرث هذا الخنثـى ذكـرا كـان أو أنثـى، لأنـه يُحجب بالأخت الشقيقة، لكونه من الدرجة الثانيـة مـن المرتبـة الثانيـة، والأخت الشقيقة من الدرجة الأولى، وقد نصت (م٨٩/٤) المعدلة علـى أنـه "تكـون الأخت الشقيقة بمثابة الأخ الشقيق في الحجب".

فعلى القاضي في الفقه السني أن يحتفظ بسُبع التركة، فإذا تبين أنـه ذكـر يُعـاد إلى سائر الورثة، لأنه يُحجب بالإستغراق.

الصورة الثالثة: أن يرث على تقدير الذكورة دون الأنوثة:

الورثة:	زوج	جدة	ولد اخ ش. خنثى
الفروض:	٢/١	٦/١	ق
الأسهم:	٣	١	٢

فإذا تبين أنه ذكر يأخذ الباقي، لأنه من العصـبات، وإذا ظهـر أنـه أنثـى لا يرث شيئا لأنه من ذوي الأرحام. فيُرد الباقي على الجدة أو على الزوج والجـد على رأي من يرى أن للزوج والزوجة حقاً في الرد. وعند الجعفرية له الباقي في الحالتين ذكرا أو أنثى، لأنه يحل محل والده ويأخذ استحقاقه لو كان علـى قيـد الحياة.

---

[1] لعدم وجود فرع وارث

[2] لأنها واحدة لم تعصب ولم تُحجب.

الصورة الرابعة: أن يرث بتقدير الأنوثة أكثر من إرثه بتقدير الذكورة:

الورثة:	زوج	أم	ولد لأب خنثى	المسألة من (٦) [١]
الفروض:	٢/١	٢/١	ق	
الأسهم:	٣	٢	١	

فإذا كان ذكرا له الباقي الذي يساوي (٦/١) لأنه عصبة، وإذا كان أنثى له النصف (٦/٣) فتعول إلى (٨). لأن للأخت الشقيقة أو للأخت من الأب نصف التركة إذا كانت واحدة لم يُعصبها أحد ولم تُحجبه.

بعد العول: ٨/٣ ٨/٢ ٨/٣

وعند الجعفرية يكون محجوبا بالأم، لأنه من المرتبة الثانية والأم من المرتبة الأولى.

الصورة الخامسة: هي أن يرث بتقدير الذكورة أكثر من إرثه بتقدير الأنوثة، ويُعمل بما هو متيقن بالنسبة له ولسائر الورثة، فيُوقف الباقي إلى أن يتبين أمره، فإذا مات قبل ذلك ليس لورثته شيء من هذا الموقوف، لأنه مشكوك فيه.

الورثة:	زوج	أب	ولد الإبن الخنثى المشكل	
الفروض:	٤/١	٦/١	٢/١ على تقدير الأنوثة	أصل المسألة من (١٢) [٢]
الأسهم:	٣	٢	٦ على تقدير الأنوثة	

يوقف الباقي (سهم واحد ١٢/١)، فإن تبين أنه ذكر، أخذه. وإن ظهر أنه أنثى رُدَّ للأب في الفقه السني،[٣] ولها وللأب بنسبة فروضهما في الفقه الجعفري.

الصورة السادسة: هي أن الخنثى المشكل لا يرث في جميع الأحوال، سواء أكان ذكرا أم أنثى، لأنه يُحجب بوارث أقوى منه قرابة.

الورثة:	زوج	إبن	ولد الإبن الخنثى
الفروض:	٤/١	ق	لا شيء
الأسهم:	١	٣	

حاصل ضرب (٣×٢)

حاصل ضرب (٦×٢) أو (٤×٣).

لأنه يرث السدس فرضا والباقي تعصيبا في هذه الحالة.